

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

La nocturnidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Juan Luis Gordillo Álvarez-Valdés

Madrid, 2015

R-136494



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5313570526

TE
1186

"LA NOCTURNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO"

Trabajo presentado por Juan Luis Gordillo Alvarez-Valdés para optar al título de Doctor en Derecho, bajo la dirección del profesor Doctor D. Luis Rodríguez Ramos, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.



DONATIVO

LA NOCTURNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- INTRODUCCIÓN

- I - EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1º. Elementos objetivos

A) En relación a la luminosidad

a) ausencia de luz natural o artificial

b) Oscuridad

B) En relación al lugar

a) Hora

b) Madrugada

c) Noche

C) En relación al lugar

a) Despoblado

b) Soledad

2º. Elementos subjetivos

- A) Aprovechamiento de la noche
- B) Búsqueda de la noche
- C) Impunidad

3º. Otras cuestiones

- A) Respecto a otras circunstancias
- B) En relación con determinados delitos:
el robo con homicidio
- C) Comunicabilidad

4º. Recapitulación

- II - LA NOCTURNIDAD EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO

1º. Teoría general de las circunstancias agravantes

2º. Requisitos

3º. Derecho comparado

4º. Pronóstico del futuro de la nocturnidad

- III - CONCLUSIONES

- APÉNDICES

1. Relación de sentencias del Tribunal Supremo

2 Bibliografía



I N T R O D U C C I Ó N

La presente labor investigadora tiene como modesto objetivo el estudio de la circunstancia modificativa de la nocturnidad en su tratamiento jurisprudencial, intentando conocer, a través de las resoluciones de los Tribunales, cuáles son los elementos o circunstancias que integran la mencionada agravante.

El aspecto mas interesante de esta labor se contrae a la evolución jurisprudencial de la citada circunstancia, buscando el descubrir no sólo las posibles modificaciones del criterio jurisprudencial en orden a la estimación o desestimación de la nocturnidad, sino también cuáles son los hechos o circunstancias que han provocado tal cambio de criterio.

Por otra parte, tal investigación quedaría incompleta si no fuese acompañada del estudio de la circunstancia de la nocturnidad en su tratamiento doctrinal, así como la comparación entre la evolución doctrinal y la jurisprudencial.

Igualmente, si bien la labor investigadora se centra en las resoluciones del Tribunal Supremo, es importante el estudio de la nocturnidad en el Derecho Comparado para observar si la nocturnidad tiene en este un tratamiento similar que el otorgado por nuestro derecho.

Por último, significa que es importante igualmente tener presente el tratamiento que el derecho positivo (Código Penal) concede a la nocturnidad, así como las previsiones de dicho tratamiento si se atiende a los proyectos de nuevo Código Penal elaborados.

El método utilizado en el presente trabajo ha consistido inicialmente en la recopilación de aquellas sentencias del Tribunal Supremo que trataron el tema de la nocturnidad. Una vez efectuada dicha recopilación se procedió al estudio de cada una de las resoluciones jurisprudenciales extrayendo los elementos integrantes de la consideración que se efectuaba de la nocturnidad.

Posteriormente se procedió al estudio, comparativo en el tiempo, de unas con otras con respecto a determinados aspectos o elementos de la nocturnidad.

Simultáneamente se efectuó un estudio exhaustivo de cada elemento integrante de la nocturnidad relacionando éste con la consideración doctrinal del mismo y con la acepción efectuada por el Derecho comparado, teniéndose presente en todos los supuestos el texto legislativo vigente; finalmente, se pasó a redactar el resultado de la labor investigadora.

En definitiva, al fijarse como modesto objetivo el estudio de la nocturnidad en su consideración jurisprudencial, se ha pretendido no solo el intentar conocer cual ha sido la evolución jurisprudencial, sino también cuáles han sido los motivos o causas de la misma y cuáles pueden ser las circunstancias que, en el futuro, provoquen una evolución jurisprudencial.

LA NOCTURNIDAD EN LOS DISTINTOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES

Código de 1822:

Art. 10. Circunstancias agravantes.

"Ejecutarlo de noche o en despoblado"

Código de 1848:

Art. 10. Circunstancias agravantes... 15º. "Ejecutar

lo de noche o en despoblado"

Código de 1850:

Art. 10. Circunstancias agravantes... 15º. "Ejecutar

lo de noche o en despoblado. Esta circuns--

tancia la tomarán en cuenta los Tribunales

según la naturaleza y accidentes del delito".

Código de 1870:

Art. 10. Circunstancias agravantes... 15º. "Ejecutarlo de noche o en despoblado o en y en cua--
drilla. Esta circunstancia la tomarán en consi
deración según la naturaleza y accidentes
del delito"

Código 1928

Art. 66. Circunstancias agravantes... 8º. "Ejecutar
el delito de noche o en despoblado, cuando
fueran buscadas estas circunstancias de pro-
pósito o se aproveche de ellas el delincuen-
te"

Códigos de 1932 y 1944:

Art. 10. Circunstancias agravantes... "Ejecutarlo de
noche, en despoblado o en cuadrilla. Hay cuadr
illa cuando concurren a la comisión del deli
lito más de tres malhechores armados"

I - EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1º ELEMENTOS OBJETIVOS

A - EN RELACIÓN A LA LUMINOSIDAD

a) Ausencia de luz natural o artificial

La incidencia que tiene la existencia de luz artificial en la apreciación o desestimación de la agravante de nocturnidad es uno de los puntos en los que, a lo largo del presente estudio de investigación, se observa cierta evolución jurisprudencial, así como resoluciones contrapuestas.

Destaca que las primeras sentencias que tratan el tema son de 1955, 1966 y de la década de los 70, no encontrándose resoluciones de fechas anteriores que se ocupen de la incidencia de

la luz artificial en la apreciación de la nocturnidad.

También es importante reseñar que ya en los años 84, 85. 86, 87 y 88 aparecen muchísimas sentencias que tratan el tema de forma frontal, lo cual viene dado como consecuencia de la evolución sufrida en el criterio jurisprudencial mantenido con anterioridad, como también por las distintas posiciones que mantienen unos y otros ponentes como más adelante veremos.

Entrando en el fondo de la cuestión se observa que en lo que podríamos llamar primera fase jurisprudencial (resoluciones de las décadas de los 60 y los 70) el criterio mantenido en dichas resoluciones considera que la concurrencia o no de luz artificial en la comisión delictiva es algo más o menos indiferente, así la Sentencia de 9 de noviembre de 1966 (1), en la

(1) s. 9-Noviembre-1966 (A 4849)

"La ratio legis" de tal circunstancia estriba en que la noche, aunque durante ella haya luz artificial, se estima circunstancia que favorece de por sí para mejor realizar el hecho o para buscar la impunidad o tenga valor influyente en la consecución del fin criminoso, pues en modo alguno puede ser indiferente que haya luz natural o que la haya artificial, de por sí más propicia al encubrimiento o la fuga del culpable".

que se trata la comisión de un hecho delictivo (hurto) en el barrio de Orcasitas de Madrid, se considera que la nocturnidad concurre en la noche "aunque durante ella haya luz artificial" pues se estima que la noche favorece de por sí para realizar mejor el hecho o buscar la impunidad; la misma resolución, con el fin de mantener el criterio expuesto, parece invertir el principio "in dubio pro reo" (antecedente del actual principio constitucional de la presunción de inocencia) ya que: "y en el caso presente no consta la luz artificial que hubiera en el barrio de Orcasitas, ni que pudiera sustituir a la natural...", es decir, al no constar la iluminación alegada por la parte recurrente se considera que existía una oscuridad suficiente para la apreciación de la agravante desde el criterio de existir la misma por ser de noche, aunque haya luz artificial, como la propia resolución expone "no es indiferente que haya luz natural o artificial".

El criterio estudiado en la anterior resolución se mantiene en resoluciones de 1970 y siguientes años en los cuales el ser de noche es elemento fundamental para la concurrencia de la nocturnidad y la posible iluminación artificial que existiese en

el lugar de los hechos se deja como cuestión secundaria que, aunque no indiferente, no impide la apreciación de la nocturnidad.

En la sentencia de 24 de enero de 1970 (2) se observa el criterio antedicho de forma más intensa, pues ocupándose la misma de un robo con fuerza en las cosas cometido en la calle Balmes de Barcelona en donde la misma sentencia estima la existencia de una iluminación perfecta, se aprecia la agravante de nocturnidad fundamentándose aquélla en la mayor facilidad comisi-va que la noche proporciona "por la reducción, prácticamente nula del tráfico urbano"; es decir, que exista una perfecta iluminación no impide la concurrencia de la nocturnidad, ya que aunque no se hubiese producido oscuridad por la existencia

(2) s. 24-enero-1970 (A 59)

"Ni tampoco puede destruir el concepto, la perfecta iluminación de la calle de Balmes de Barcelona, donde se cometió el robo origen de los autos, la realidad es, que en nuestro Código sigue subsistiendo de agravante genérica la nocturnidad y de ahí la forzosa aplicación por los Tribunales, por la mayor facilidad que la noche proporciona para la perpetración de ciertos delitos".

de iluminación artificial, la mayor facilidad comisiva que proporciona la noche vendría dada no por la oscuridad (que estaría eliminada), sino por la ausencia de personas en las calles; en idéntico sentido en la sentencia de 10 de mayo de 1971 (3) se considera que la agravación de la nocturnidad tiene su causa en que la sola existencia de la noche matiza el hecho con unos caracteres que la tiñen de facilidad comisiva; como pudiese ser -según recoge la sentencia de 5 de mayo de 1.971- el hecho de ser la noche un período diario habitualmente destinado al descanso, lo cual supone la eliminación de obstáculos. Este mismo criterio lo encontramos en las sentencias de 22 de junio de 1.973 (4) y de 28 del mismo mes y año

(3) s. 10-Mayo-1971 (A. 2229)

"Porque según la doctrina de esta sala, notablemente reiterada, siendo de noche como en este caso, no importa que se señale la hora de comisión del delito, cuando como aquí se dice se aprovechó la noche buscada de propósito para cometer el delito, ni siquiera que el lugar estuviese iluminado, pues el solo hecho de la existencia de la noche matiza el hecho con unos caracteres que lo tiñen de una facilidad".

(4) s. 22-Junio-1973 (A. 2886)

"Los hechos en una Colonia de Madrid, en ciudad iluminada y con transeuntes, pues nada consta en tal sentido fácticamente admitido, y además, la iluminación artificial, salvo casos excepcionales, no impide la operatividad de esta circunstancia porque los bienes jurídicos protegidos son como antes se dijo varios, y aun con tal luz, pueden violarse, como se violaron en el caso de examen".

(5), en la primera de ellas, con ocasión de la comisión de un delito cometido en "una Colonia de Madrid, en ciudad iluminada y con transeuntes", la resolución menciona de forma categórica que la iluminación artificial -salvo casos excepcionales- no impide la apreciación de la circunstancia de nocturnidad; en la que la iluminación artificial se califica de desconocida o irrelevante, pues lo que la ley castiga más duramente es la ausencia de luz natural.

Todas estas resoluciones las enumeramos en lo que hemos llamado primera fase jurisprudencial en la que, como hemos visto, la iluminación artificial viene a considerarse -con diversas matizaciones- irrelevante o indiferente para la apreciación de la agravante de nocturnidad; con posterioridad a esa fase, en la que el criterio mantenido en las sentencias no ha variado,

(5) s. 28-Junio-1973 (A. 2920)

"Si fue de noche, como así sucedió, determina la concurrencia de la misma circunstancia agravatoria, sin que pueda especularse, con desconocida e irrelevante iluminación artificial, desterrar la ausencia de luz natural, que es lo que la Ley sanciona más altamente".

encontramos que el criterio sostenido hasta entonces va a evolucionar, así la sentencia de 5 de febrero de 1981 (6) es ya reflejo de la nueva idea jurisprudencial, en la misma, al enumerarse los requisitos de la nocturnidad se menciona la "oscuridad" como ausencia de luz natural o artificial, por lo que, en sensu contrario, la existencia de luz artificial provocará la desaparición de la oscuridad como requisito integrante de la agravante. Este nuevo criterio se repite en resoluciones posteriores, como la de 11 de noviembre de 1982 (7) (del mismo Ponente que la de 5 de febrero de 1981, Excmo. Sr. Gómez de Liaño), o como la de 26 de abril de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. Latour Brotóns) en la que como elemento

(6) s. 15-enero-1955 (A. 435)

"Pero cuanto esta se busca poco importa que el edificio esté más o menos iluminado, porque no es únicamente las sombras de la noche y la soledad lo que procura, son una serie de concausas que favorecen su propósito y le aseguran el éxito".

(7) s. 11-Noviembre-1982 (A. 7099)

"Es necesario, como elemento objetivo, la oscuridad, como sinónimo de ausencia de luz tanto natural como artificial, que determina cierta soledad".



objetivo de la agravante de nocturnidad se señala la existencia de luz solar o artificial que provoque una oscuridad o dificultad en la visión suficiente para la identificación imperfecta de personas o cosas.

En definitiva, estas resoluciones nos introducen en una segunda fase jurisprudencial en la que la iluminación artificial ha dejado de ser algo irrelevante o intrascendente y pasa a constituir un elemento cuya presencia elimina la oscuridad y por ende la posibilidad de apreciación de agravante nocturnidad. A partir de entonces -como veremos- la gran mayoría de sentencias siguen el criterio antedicho, salvo algunas excepciones o matizaciones, lo que provoca -en general- que la cuestión sea sumamente tratada. En principio podríamos precisar que cada sentencia refleja el criterio que tiene el ponente de la misma, así, la de 6 de abril de 1984 mantiene el mismo criterio que fue expuesto en la de 26 de abril de 1983, es decir, nocturnidad como inexistencia de luz solar o artificial que provoque una oscuridad o dificultad de la visión.... En el mismo sentido, las sentencias en las que es Ponente el Excmo. Sr. Soto Nieto reflejan el criterio de éste, como en la de 8

de julio de 1985 (8), en la que señala que la existencia de luz natural o artificial impedirá la apreciación de la agravante de nocturnidad, criterio también expuesto en las sentencias de 24 de noviembre de 1986 (9) y de 25 de junio del mismo año, en las cuales fue ponente, destacando en las mismas que las sombras y la oscuridad son el fundamento de la agravante y que estos dos elementos objetivos desaparecen tanto por la incidencia de luz natural como de luz artificial; criterio repetido en la sentencia de 20 de febrero de 1986, del mismo Ponente. Este criterio, que parece ser el acogido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se refleja en muchas reso-

(8) s. 8-Julio-1985

"Requiere para su concurrencia: a) el elemento objetivo de que el delito sea perpetrado durante la noche, amparado el agente en las sombras y en la oscuridad inherentes a aquélla, por lo que dejará de apreciarse ante la existencia de luz natural o artificial, suponiendo además una situación de soledad".

(9) s. 24-Noviembre-1986 (A. 7011)

"Amparándose en sombras y oscuridad inherentes, lo que favorece la comisión del hecho y su impunidad, ratio esendi de la agravación, dejando de apreciarse tal circunstancia ante la existencia de luz natural o artificial.

luciones posteriores, así en la de 27 de enero de 1988 (10) (de la que fue ponente el Excmo. Sr. Moyna) se descarta la permanencia del nuevo criterio jurisprudencial, según el cual la iluminación artificial es determinante de la imposibilidad de apreciar la nocturnidad, ya que la luz artificial impedirá la concurrencia de sombras u oscuridades, elementos objetivos de la agravante de nocturnidad. Es importante reseñar que en esta sentencia, como en otras de la misma época, para apreciarse la agravante de la nocturnidad se requiere quedar probado -para apreciar la agravante- la inexistencia de iluminación, no como en las sentencias de la primera época, en las que partiendo del hecho de la noche lo que debía de probarse -para dejar de apreciarse la agravante- era la existencia de iluminación como ya vimos (s. de 9 de noviembre de 1966). Igualmente, sentencias en las que fue Ponente el Excmo. Sr.

(10) s. 27-Enero-1988 (A. 498)

"Para acoger la nocturnidad debió de quedar probado la existencia de luz artificial que desvaneciera las sombras de la noche".

Manzanares, como la de 5 de mayo de 1988 (11), también acogen el criterio antedicho, en concreto, en la sentencia reseñada se considera que la jurisprudencia es decidida -"Pero no sin matizaciones"- a exigir la falta de luz natural y de la artificial para apreciar la nocturnidad. Sin embargo, si este parece ser el criterio jurisprudencial que se mantiene el respecto, lo cierto es que encontramos determinadas resoluciones que no se ciñen al mismo, como la de 11 de marzo de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. Cotta) en la que únicamente considera la noche como elemento o requisito objetivo de la nocturnidad, o la de 27 de enero de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. Ruíz Vadillo) (12) en la que se vuelve a considerar la nocturnidad como la

(11) s. 5-Mayo-1988 (A. 3485)

"El problema planteado se contrae a la exigencia o no de que a la falta de luz natural se una la de iluminación artificial, cuestión en la que la jurisprudencia se inclina decididamente -pero no sin matizaciones- por el primer término".

(12) s. 27-Enero-1988 (A. 498)

inexistencia de la luz solar sin dar ninguna relevancia respecto a la concurrencia de luz artificial; igualmente encontramos diversas sentencias en las que, siendo Ponente el Excmo. Sr. Vivas Marzal, se considera la nocturnidad como la ausencia de luz natural, así, por ejemplo, en la sentencia de 23 de enero de 1987(13) se fundamenta que la oscuridad es sinónimo de la inexistencia de luz natural, no haciendo ninguna referencia a la posible incidencia de luz artificial (el problema suscitado en la referida resolución se ceñía a la apreciación de la circunstancia agravante de la nocturnidad en los crepúsculos del día). Sin embargo, si bien estas últimas resoluciones se salen del criterio jurisprudencial generalizado -desde hace años- de considerar la nocturnidad como la ausencia de luz natural y artificial, lo cierto es que en ellas, considerándose la nocturnidad como la ausencia de luz natural y artificial, no se plantea la posible incidencia directa de

(13) s. 23-Enero-1987 (A. 457)

"Oscuridad equivalente a ausencia de luz natural, por lo cual, dentro del concepto penal de noche no se comprenden los crepúsculos".

luz artificial al caso de antes.

En definitiva, la existencia de luz artificial se ha convertido en un elemento o factor integrado en la agravante de nocturnidad que ha sufrido mutación jurisprudencial, pues si en lo que llamábamos primera fase jurisprudencial se venía considerando la existencia o no de luz artificial como irrelevante o indiferente para la apreciación de la agravante de la nocturnidad, ya que lo verdaderamente fundamental en aquel entonces era la concurrencia de la oscuridad de la noche, de tal manera que la noche jurídica coincide casi totalmente -no en el caso de "madrugada", "crepúsculos", etc.- con la noche natural; sin embargo, como hemos podido apreciar, el criterio ha evolucionado y el elemento objetivo que se precisa para la agravante de la nocturnidad ha dejado de ser la noche, pasando a luz natural o a luz artificial, de tal manera que como de forma simplicista pero certera ha señalado algún autor "las bombillas eliminan la nocturnidad".

Por último significan la concurrencia en esta última fase de algunas sentencias que parecen retomar el criterio judicial al

volver a considerar la nocturnidad como la ausencia de luz natural sin hacer referencia alguna a la posible incidencia de luz artificial.

b) Oscuridad

La oscuridad, como elemento trascendental en el requisito objetivo de la agravante de nocturnidad, comienza a ser objeto de tratamiento jurisprudencial en sentencias de a partir de 1960, hasta entonces no había sido objeto de tratamiento jurisprudencial, sino que únicamente pueden encontrarse -en las resoluciones del Alto Tribunal- referencias accidentales a la oscuridad, considerándose a ésta como un mero adjetivo que acompaña a la noche.

Aparecen muchas sentencias que abordan el tema de la oscuridad al cuestionarse la "madrugada" como elemento estimatorio de la agravante de nocturnidad, resoluciones en las que -como se estudia en el apartado correspondiente de este trabajo de investigación- se hace expresa referencia a la oscuridad como cues-

ción transcendental para la apreciación o para la desestimación de la nocturnidad reflejándose el criterio jurisprudencial de no ser estimable la "madrugada" de por sí, si no consta algún otro elemento que indique la concurrencia de oscuridad junto con los hechos delictivos, pues "madrugada" significa "alba, amanecer..." momentos en los que no existe oscuridad.

Igualmente encontramos continuas referencias a la oscuridad en aquellas sentencias en las que se cuestiona la apreciación o la desestimación de la noche como elemento objetivo de la agravante de nocturnidad; en ellas, la oscuridad integra el factor determinante de la estimación de la nocturnidad. Por ello, en este apartado nos referiremos al tratamiento que la jurisprudencia otorga a la oscuridad de una forma directa.

De la comparación de las diversas resoluciones jurisprudenciales podemos extraer la consecuencia de no existir un criterio determinante respecto a si la oscuridad ha de existir o no, así, en la sentencia de 17 de febrero de 1960 no se cuestiona que concorra el elemento objetivo de la agravante al constituir hecho probado de la misma la comisión de los hechos delictivos

"ya entrada la noche y en la oscuridad casi absoluta"; por otra parte, en la sentencia de 22 de enero de 1974 (1) no se estimó la agravante (además de por no concurrir el elemento subjetivo de la misma) al no apreciarse la existencia del elemento objetivo, ya que estaba oscureciendo cuando sucedieron los hechos y el resplandor del fuego restaba valor a la oscuridad; sin embargo (como más adelante veremos) en las sentencias de épocas más o menos modernas en las que se enumeran y estudian los requisitos de la agravante, se considera a la oscuridad como ausencia de claridad, lo cual no equivale a oscuridad absoluta. Podríamos considerar que el término oscuridad a veces es impreciso a efectos jurisprudenciales, así en la sentencia de 6 de noviembre de 1969 se considera como equivalente a "falta de luz" sin aportarse más datos respecto a la misma; igualmente en la sentencia de 8 de febrero de 1973 se

(1) s. 22-Enero-74 (A. 246)

"Momento en el que estaba oscureciendo pero habiendo aún claridad del atardecer que unido al resplandor del fuego, hacía visible el lugar".

considera no ser transcendental, a los efectos de determinar la agravante, el que se consigne o cuantifique la oscuridad, toda vez que la noche reporta la oscuridad; resolución que igualmente se contradice con la de 15 de junio de 1970 (2) en la cual se considera que la noche no equivale a oscuridad, ya que habrá que estar a la incidencia de luz artificial; sin embargo, podemos precisar que esta cuestión -la posible equivalencia entre noche y oscuridad- ha sido abundada por la jurisprudencia con una evolución en el criterio a seguir, pues si en una primera época se mantenía (como en la sentencia de 8 de febrero de 1973) que la oscuridad es algo inherente a la noche, posteriormente se comienza a considerar que la noche no es sinónimo de oscuridad, pues ya se plantea -de forma simultánea- la incidencia de luz artificial; de la primera

(2) s. 15-Junio-1970 (A. 2819)

"Si no se especifica expresamente que existía concurrencia de gentes y luz artificial bastate -pues nocturnidad no es sinónimo de oscuridad- que no hicieran solitario, y desaparecer las sombras de la noche con mayor o menor intensidad".

etapa jurisprudencial encontramos consideraciones jurisprudenciales como las de la sentencia de 10 de febrero de 1960 (3) en la que la noche se toma como equivalente a tinieblas o falta de luz.

Como ya señalé anteriormente la oscuridad empieza a ser tratada en la jurisprudencia de forma directa cuando en la misma comienzan a establecerse de forma sistemática los requisitos que deban de concurrir para la apreciación de la agravante de la nocturnidad, así encontramos, por ejemplo, que en las sentencias en las que fue ponente el Excmo. Sr. Vivas Marzal, el elemento objetivo de la agravante de la nocturnidad está integrado por dos factores: la oscuridad y la soledad, considerando la oscuridad como la ausencia de luz solar, matizando que debe de tratarse de tiempo en el que no exista la

(3) s. 12-Febrero-1960 (A 286)

"Caracterizado por la búsqueda de las ventajas de la falta de luz, se añade la concurrencia del elemento objetivo, o sea las tinieblas o falta de luz inherente a la noche y a estos efectos es indiferente una u otra hora".

claridad de los crepúsculos matutinos y vespertinos, (st. 12-5-76) (4); sin embargo el mayor problema planteado es el de la posible incidencia de luz artificial (cuestión que se trata en otro apartado). Igualmente, sentencias de otros ponentes recogen la oscuridad como elemento imprescindible para la apreciación de la agravante de la nocturnidad, sí el ponente Excmo. Sr. Gómez de Liaño la enumera como requisito de la tan repetida circunstancia agravante; también en las resoluciones en las que no se establece la oscuridad como requisito objetivo de la citada agravante o como factor de ésta, consta que la oscuridad se precisa para estimar la concurrencia del elemento objetivo de la agravante, así en las sentencias en las que es ponente el Excmo. Sr. Soto Nieto, se considera que el elemento objetivo lo integra la noche y la soledad y se aprecia que la

(4) s. 12-Mayo-1976 (A 2220)

"La oscuridad o ausencia de luz solar, concepto no coincidente con el del antiguo artículo 7 del C. Civ. -derogado por la reforma de 17 de marzo 1973, texto articulado de 31 de Mayo 1974 (R. 1385 y N. Dicc. 18760)- el que afirmaba que debía entenderse por la noche "desde que se pone hasta que sale el sol", y que por consiguiente incluía dentro del concepto los crepúsculos".

noche lleva consigo la oscuridad salvo que exista incidencia de luz (s. 24-Noviembre-1986) (5).

En definitiva, la oscuridad es un factor determinante para la apreciación de la nocturnidad, según el criterio jurisprudencial vigente hoy día, habiéndose abandonado la idea de equiparar noche y oscuridad sin más.

(5) s. 24-Noviembre-1986 (A 7011)

"Amparándose en sombras y oscuridad inherente, lo que favorece la comisión del hecho y su impunidad, ratio esendi de la agravación, dejando de apreciarse tal circunstancia ante la existencia de luz natural o artificial".

B - EN RELACIÓN AL TIEMPO

a) Hora

La determinación en los hechos probados de una hora en la cual se ejecutó el delito posee una transcendencia relativa, de tal manera que su única importancia será referida a la oscuridad que concurra a la hora cierta y determinada, por ello, la indicación -como hecho probado- de una hora no pueda conllevar a la apreciación o desestimación automática de la agravante de nocturnidad sin valorar primeramente la concurrencia de oscuridad en aquella hora.

Por ello -como más adelante veremos- encontramos innumerables resoluciones en las que se estima la agravante al considerarse como hecho probado la ejecución de los hechos en una hora determinada en la cual, por lógica, la oscuridad es absoluta (doce, una, dos, tres, cuatro y cinco horas), y ello aún sin

que aparezcan más elementos de juicio sobre la posible oscuridad reinante; igualmente con respecto a otras horas (doce de la noche, o seis de la madrugada) la jurisprudencia apoya sus consideraciones en otros elementos coincidentes con los hechos.

De cualquier forma, la determinación de una hora exacta como hecho probado carece de gran transcendencia jurídica, toda vez que aún no constando la misma pero sí haciéndolo la existencia o ausencia de oscuridad, ya concurrirán entonces elementos de juicio suficientes para estimar o desestimar la apreciación de la agravante de la nocturnidad.

Así existen innumerables resoluciones del Alto Tribunal en las que se mantiene el criterio de considerarse indiferentes que conste o no hora exacta, por ejemplo en la sentencia de 27 de noviembre de 1969 (1) se destaca que aún no constando la hora

(1) s. 27-Noviembre-1969 (A. 5527)

"Pues sea cual fuese la hora de las de la noche, no puede ponerse en duda, dada la naturaleza del recurso interpuesto, que era de noche, que había soledad y escasez de luz, que eso facilitó la perpetración del delito".

en que se cometió el delito no cabe duda que era de noche atendiendo a circunstancias como la soledad y la escasez de luz; en igual sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 1970 (2) destaca que no se consigna la hora en que acaecieron los hechos, pero ha de estimarse la agravante de la nocturnidad, ya que "la madrugada de un día de enero" conlleva la concurrencia necesaria de la oscuridad de la noche; en definitiva, las dos resoluciones citadas son reflejo del criterio mantenido por el Tribunal Supremo, el cual podría sintetizarse en que no es preciso que se concrete la hora exacta en que los diferentes delitos se cometieron, siendo suficiente que se haga constar que era de noche, bien de forma expresa o bien a través de otros elementos, y que ésta fue buscada o aprovechada de propósito (elemento subjetivo del que ya nos ocuparemos más adelante).

(2) s. 21-Diciembre-1970 (A. 5495)

"Aun cuando no se consigne la hora en que se realizó la sustracción, si tuvo lugar en la madrugada de un día de enero y se precisa que fue aprovechada por el culpable, ya que ese aprovechamiento es revelador de la situación de hecho que la nocturnidad lleva consigo".

Por otra parte, cuando se consigna una hora determinada en la sentencia la apreciación o no de la agravante de la nocturnidad opera de una forma más automática, si bien en algunos casos de duda (casos en que pueda estar amaneciendo o atardeciendo) habrá que dilucidar la existencia o no de oscuridad confrontando aquella con el día y el lugar en que sucedieron los hechos, así, por ejemplo, en la sentencia de 5 de abril de 1965 (4) la hora se estudia junto al día (primeros de octubre) y el lugar (Valencia) para llegar a la conclusión de que en aquella hora, 8 de la tarde (la cual en principio no conlleva la oscuridad de la noche) de aquel día y en ese lugar existía completa oscuridad, atendiendo a la hora de puesta de sol en dicho sitio y días; es por ello por lo que se ha apre-

(3) s. 5-Abril-1965 (A. 1537)

"Que poniéndose el sol en esos días antes de las 7 de la tarde --a las 6,40 aproximadamente en Valencia-- y durando el crepúsculo vespertino en el mismo período de tiempo unos 24 minutos dada la latitud de dicha capital en cuyas proximidades se cometió el delito, la afirmación de la sentencia es rigurosamente exacta".

ciado la agravante de nocturnidad en múltiples resoluciones atendiendo a la hora en relación con el día en que se efectuaron los hechos, así, incluso se apreció la agravante en los hechos delictivos cometidos entre "las cinco y media y seis de la tarde" de uno de los primeros días de enero (s. 22 de noviembre de 1988) constando, como elemento transcendente parece tal apreciación, que los delincuentes tuvieron que usar la luz para dicha comisión delictiva.

Podríamos enumerar innumerables sentencias con este último criterio poniendo en relación la hora con el día: "Entre seis y siete de la tarde del mes de diciembre" (s. 19-8-1909); "sobre las siete de la noche del mes de marzo" (30-1-1894); "despues de las siete y media del mes de septiembre" (s. 3-6-1884); "a las ocho de la noche en febrero (s. 19-1-1891); "despues de las ocho de la noche" (s. 27-9-1887); "a las ocho y media de la noche..." (s. 19-6-1840); etc., etc., apreciándose en todas ellas la ya tan repetida agravante de la nocturnidad.

Igualmente, como anteriormente se señaló, se estima la agra-

vante en diversos supuestos en los que la hora por sí sola (sin necesidad de acudir a otros elementos como la fecha) conlleva necesariamente la apreciación de la agravante: "a las 11 de la noche" (s. 16-11-1894); "a las 8,30 de la noche" (s. 14-6-1961); "a las 3" (s. 18-12-1963); etc., etc.

Destacan resoluciones en las que no se consignó la hora de forma expresa, sino mediante calificativos, así en la sentencia de 23 de noviembre de 1944 se aprecia la circunstancia al haberse cometido los hechos "en las primeras horas de la noche"; en la sentencia de 6 de febrero de 1884 (4) también se aprecia en acción ejecutada en "altas horas de la noche"; y en la de 27 de noviembre de 1908 (5) aún cuando únicamente se menciona la comisión delictiva en "hora avanzada de la noche".

(4) s. 6-Febrero-1884 (G. 18-4-1884)

"El asesinato se realizó cuando los interfectos estaban ya acostados y se entregaban al descanso a altas horas de la noche".

(5) s. 27-Noviembre-1908 (G. 10-9-1909)

"Afirmando la sentencia que los procesados, aprovechándose de la hora avanzada de la noche, realizaron el delito de allanamiento de morada, está rectamente apreciada".

Como conclusión debe de señalarse que la determinación de hora exacta en la que sucedieron los hechos delictivos facilita la valoración de los elementos objetivos en orden a la apreciación de la agravante de nocturnidad, pues la hora consignada puede acreditar de por sí el que era de noche y existía oscuridad; igualmente la hora, de por sí, misma puede que no despeje la duda existente sobre la concurrencia o no de oscuridad; ello no obsta a que la ausencia de consignación de hora impida la apreciación de la agravante de la noche en base a otros delitos relevantes al respecto.

b) Madrugada

Como ya se tratará a fondo en el epígrafe correspondiente, la nocturnidad fue considerada jurisprudencialmente como la ausencia de luz natural o solar, para posteriormente ser concebida como la inexistencia de luz natural o artificial; sin embargo, en ambos criterios jurisprudenciales el elemento objetivo de la madrugada ha sido estudiado a fondo en diversas resoluciones.

Sentencias de principios del presente siglo o de últimos del siglo anterior estiman la agravante de la nocturnidad en los hechos que acontecieron de "madrugada" o a "primeras horas de la madrugada", así en la sentencia de 27 de septiembre de 1890

(1) el término "madrugada" se considera como integrante de la agravante de nocturnidad al estimarse que con el mismo se está haciendo referencia a las horas anteriores a la salida del sol después de la medianoche; por otra parte, el término "primeras horas de la madrugada" es considerado en la sentencia de 3 de febrero de 1904 (2) como elemento de la nocturnidad, ya que en la misma se estima que el sentido vulgar considera por tales horas las inmediatamente siguientes a la medianoche; el mismo término de "primeras horas de la madrugada" se estima como integrante del elemento objetivo de la nocturnidad en la senten-

(1) s. 27-Septiembre-1890 (G. 29-11-1890)

"No permite dudar acerca del sentido en que la Sala sentenciadora emplea la frase de "madrugada", refiriéndose indudablemente a las horas que preceden a la salida del sol después de la media noche".

(2) s. 3-Febrero-1904 (G. 22-5-1904)

"Se consignó que el hecho ocurrió en las primeras horas de la madrugada, no debe perderse de vista que en el sentido vulgar de esta frase comienza la madrugada en la medianoche".

cia de 31 de diciembre de 1928 (3) como en la de 20 de enero de 1936 (4).

Es decir, en aquellas resoluciones referentes a supuestos sucedidos en las primeras horas de la madrugada, la jurisprudencia estimaba la concurrencia del elemento objetivo de la nocturnidad.

Con menor problemática, por lógica, en aquellos supuestos en que la hora cierta de la madrugada constituyese hecho probado -las 2 de la madrugada, las 3 de la madrugada, etc.- venían siendo estimados por el Alto Tribunal como englobados en la

(3) s. 31-Diciembre-1928 (G. 11-11-1930)

"Concurrió en el delito de robo, habiéndose cometido en las primeras horas de la madrugada del mes de agosto".

(4) s. 20-Enero-1936 (G 28-2-36)

"Esta circunstancia es de perfecta aplicación cuando el hecho punible se ejecuta en las primeras horas de la madrugada".

agravante de la nocturnidad, resoluciones en estos términos encontramos bastantes: la de 9 de enero de 1989 que se refiere a "se cometa entre doce y una de la madrugada", o la de 21 de abril de 1936 "los procesados realizaron los hechos de una a dos de la noche..."; la de 30 de marzo de 1878 que se refiere a hechos cometidos "a las dos de la mañana"; la de 11 de abril de 1881 que igualmente hace referencia a la comisión de hechos a "las dos de la madrugada"; igualmente la de 6 de abril de 1896 y la de 2 de junio de 1887 se refieren a la comisión delictiva "a las tres de la madrugada" y a las "cuatro de la madrugada".

Si bien en las antedichas sentencias se estimaba la concurrencia de la agravante en estudio, lo cierto es que, como más adelante fundamentaremos con otras resoluciones, tal estimación obedece no a que los hechos fuesen cometidos "en la madrugada" sino a que en los supuestos contemplados se hace especial indicación a la hora (de la madrugada) en que sucedió la comisión delictiva, horas ciertas y determinadas que no dejan lugar a la duda de tratarse de noche persistiendo la oscuridad típica de la misma, pues como veremos el "ser de madru-

gada" sin más no conllevaría a la apreciación de la circunstancia agravante por muy distintos motivos.

Así, a pesar de las consideraciones vertidas en la sentencia de 27 de septiembre de 1890, ya tratada al comienzo de este apartado, (en ella "madrugada" se consideraba referente a las horas que preceden a la salida del sol), lo cierto es que las sentencias posteriores vienen a considerar que "madrugada" no es sinónimo de oscuridad o falta de luz natural y por ello no es motivo de apreciación de la agravante de la nocturnidad, así en la sentencia de 26 de octubre de 1960 (5) se estima que "madrugada" no es sinónimo de noche, ya que gramaticalmente equivale a "alba", "amanecer"...; en parecidos términos se

(5) s. 26-Octubre-1966 (A. 5316)

"Puesto que el hecho no se ha realizado por la noche sino en la madrugada de un día de mayo y como "madrugada", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, equivale al "alba", al "amanecer", "muy de madrugada", no es lícito entender que la actuación del procesado ha tenido lugar de noche, dando el concepto impugnado, una interpretación contraria a la realidad del momento en que los delitos se produjeron".

expresa la sentencia de 22 de diciembre de 1966 (6) en la que igualmente se desestima la apreciación de la agravante en base al concepto gramatical de "madrugada", significando que la misma equivale a "alba" y que ésta hace referencia a la primera luz del día, por lo que no concurre la oscuridad precisa para la estimación de la agravante del artículo 10 - 13ª del Código Penal.

Por ello, es clara la contradicción existente entre estas resoluciones -que parecen sentar el criterio mantenido actualmente- y las ya mencionadas de 27-9-1890 o la de 3 de febrero de 1904 en la que se consideraba "madrugada", en un sentido vulgar, como sinónimo de oscuridad.

(6) s. 22-Diciembre-1966 (A. 5731)

"Que la palabra madrugada de significado impreciso en el lenguaje corriente equivale según el Diccionario a la palabra "alba" cuyo significado léxico es "primera luz del día" inmediatamente precedida por la de la aurora, y no indica ni por una ni por otra parte significación la oscuridad nocturna que sirva de amparo a la inmunidad".

Por otra parte, la sentencia de 27 de marzo de 1968 (7) viene a ratificar lo anteriormente expuesto de no ser estimable la nocturnidad con la sola concurrencia de la "madrugada", pues sin constar más elementos -como pudiese ser la hora, según hemos visto- en dicho momento "existe la primera luz del día, anterior a la salida del sol, por lo que -como indica la referida sentencia- ha de entenderse que falta el requisito objetivo indispensable para la presencia de la agravación al no ser de "noche estricta".

En definitiva, el criterio jurisprudencial se mantiene en el sentido mencionado de no estimar la madrugada -como elemento independiente- integrante de la oscuridad de la noche, pues

(7) s. 27-Marzo-1968 (A. 1566)

"Se cometió de "madrugada", sin otros datos y como antes se dijo, en tal momento existe la primera luz del día, anterior a la salida del sol, por lo que debe entenderse, falta el requisito objetivo".

como bien indica la sentencia de 8 de marzo de 1974 (8), para la apreciación de la nocturnidad se precisa que falte la luz por completo, lo que no se puede apreciar en los crepúsculos de mañana o tarde en las que la luz diurna -disminuida o amortiguada-existe.

Como conclusión, podemos significar que el término madrugada, al no ser equivalente a la oscuridad de la noche, por sí solo no integra el elemento objetivo indispensable para estimar la agravante en estudio, de tal manera que si tal término va acompañado de otros elementos o circunstancias que reflejen con certeza que la comisión de los hechos tuvo lugar en horas

(8) s. 8-Marzo-1974 (A. 1230)

"Ni tampoco en las horas correspondientes a los crepúsculos matutinos y vespertinos en las que la luz diurna empezando a surgir o extinguiéndose, se halla más o menos disminuida o amortiguada, pero existe, por lo que teniendo el término madrugada la misma significación que los de alba, crepúsculo matutino o amanecida, período en el que ya han surgido las primeras luces del día y se ha disipado en parte la oscuridad nocturna".

de completa oscuridad, sí debe de apreciarse la concurrencia de la ya tan repetida nocturnidad. Los términos más frecuentes para acompañar a "madrugada" en el relato de los hechos probados son tales como la hora cierta o madrugada de la noche (como se efectúa en la sentencia de 16 de marzo de 1959 (9)).

(9) st. 16-Marzo-1959

"Madrugada de la noche es elemento suficiente para fundar el 10 - 13º ya que indica que se trata de horas en que falta la luz solar".

c) Noche

Encontramos en el estudio de la noche como hecho probado que puede integrar el elemento objetivo de la nocturnidad.

Como punto de partida ha de significarse que el valor gramatical de "noche" se armoniza con el jurídico, como señala la sentencia de 9 de marzo de 1946, por ello, la noche como hecho probado se considera en muchas resoluciones como suficiente para constituir el elemento objetivo de la nocturnidad como en la sentencia de 24 de enero de 1970.

Sin embargo, el que el sentido gramatical de "noche" se armonice con el jurídico, no significa que constituya un concepto que predetermine el fallo, pues la jurisprudencia es tajante al mantener que sólo constituyen conceptos predeterminantes del fallo aquellos para cuya comprensión se precisan

especiales conocimientos de derecho o que resulten coincidentes con un tipo legal, o con una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, como sucede en el término que nos ocupa, en el cual es obvio que decir lo que expresa una sentencia -con el término noche como hecho probado- no implica para persona imperita en jurisprudencia conocer ciertamente que ello determinará la apreciación de la causa de agravación que se discute porque ello no es en modo alguno conocimiento de alcance común; problema, el de la posible predeterminación del fallo, que recoge la sentencia de 15 de enero de 1968 (1).

Si bien no existen dudas respecto al término "noche" y su integración como requisito objetivo de la nocturnidad -siempre que no constituya un factor meramente accidental-, sí que

(1) s. 15-Enero-1968 (A. 19)

"Conceptos predeterminantes del fallo ha de entenderse aquéllos para cuya comprensión se precisen especiales conocimientos de Derecho, ajenos a una cultura media un tipo legal o una circunstancia modificativa de responsabilidad".

existen sobre otros términos parejos al mismo, así en la sentencia de 8 de junio de 1964, con motivo de un delito cometido con ocasión de unas "clases nocturnas", la Sala sentenciadora estimó la concurrencia de elemento objetivo de la nocturnidad, ya que en los hechos probados se expresaba que los hechos ocurrieron en lugar en donde existía oscuridad que fué aprovechada por los procesados; clarificadora del tema es la fundamentación que ofrece la sentencia de 8 de febrero de 1973 (2) en la que -en cuanto al elemento objetivo de la agravante- se manifiesta que basta el hecho de la noche sin necesidad de determinar la hora en que suceden los hechos, o la oscuridad o soledad del lugar en que suceden. Sin embargo, el problema puede suscitarse en relación a que "noche" puede -como sucede

(2) s. 8-Febrero-1973 (A. 651)

"No señala hora de la noche, ni marca la oscuridad, ni la soledad del paraje donde se cometio el delito. Mas expresado la sentencia que el hecho se cometió en la noche buscada de propósito, es bastante para desvirtuar tal alegación, puesto que la expresión noche es suficiente, sin necesidad de determinar la hora, ya que encierra el elemento objetivo de la circunstancia con suficiente claridad y "buscada de propósito".

en el sentido vulgar- engloban las horas crepusculares, es decir, primeras horas de la noche o de la mañana, la sentencia de 23 de enero de 1987 (al tratar la oscuridad como elemento objetivo de la estudiada agravante) señala que dentro del concepto penal de noche no se comprenden los crepúsculos, por ello, en los supuestos en que los hechos probados acaeciesen de noche, para la estimación de la agravante habrá que desestimar la concurrencia de esas horas crepusculares para apreciar la nocturnidad, así, en la sentencia de 25 de marzo de 1974 se aprecia la agravante de la nocturnidad, ya que constituyen hechos probados los sucedidos en la noche del 7 y 8 de febrero, "mes en que las noches son bien largas y es absurdo pensar que empezasen los malhechores durante el anochecer de un día, que después interrumpieron, para continuar en el amanecer del siguiente..."; igualmente la sentencia de 5 de abril de 1965 estima la agravante de nocturnidad en hechos acaecidos a las 8 de la noche de los primeros días del mes de octubre, porque en esos días el crepúsculo no dura más de 24 minutos y el sol se puso (en aquel lugar) a las 6,40, es decir, el crepúsculo aunque no venga expresamente excluido como hecho probado puede determinarse su ausencia por los restantes elementos concurrentes.

Por otra parte, la gran mayoría de resoluciones que se refieren al elemento de la noche, lo hacen para entrar en la cuestión de ser o no ésta un hecho accidental, cuestión que será determinante para la estimación o no de la agravante de la nocturnidad, así, cuando la noche se considera como un mero accidente en la ejecución del delito la apreciación de la agravante constituiría un error de derecho; de la jurisprudencia podemos extraer diversos supuestos en los que la noche es meramente accidental: cuando las heridas causadas por el acusado ocurrieron a esa hora nocturna de forma accidental, ya que fue en aquella en la que el ofendido entró en su habitación para reprenderle y castigarle (s. 27-12-1975); cuando el delito de lesiones se comete en el momento de encontrarse casualmente agresor y agredido sin que aquél tuviese en cuenta que lo hacía de noche con las ventajas que esta proporcionaba (s. 5-7-1887 (3); o cuando encontrándose varias personas en

(3) s. 5-Julio-1887 (G. 4-9-1887)

"Lo que no acontece cuando el delito de disparo y lesiones se comete en el momento de encontrarse casualmente agresor y agredido y sin que, por lo mismo, pueda sostenerse legalmente que al disparar el primero un arma de fuego contra el segundo tuviese en cuenta que lo hacía de noche, realizando con ventaja sus malos propósitos".

las calles de una población se suscita una discusión que provoca disparos y lesiones (s. 25-1-1888 (4)); las resoluciones del Tribunal Supremo se refieren a la accidentalidad de la noche bajo la consideración de no constituirse entonces la agravante del nº 13 del artículo 10º del Código Penal (s. 11-12-1585) (5), si bien pocas sentencias lo determinan de forma expresa, lo cierto es que la accidentalidad o no del elemento de la noche descansa única y exclusivamente en si ésta fué buscada y aprovechada de propósito o no, lo que (elemento subjetivo de la nocturnidad) por ello cuando en los hechos probados aparece de forma clara que la noche no fue buscada de propósito o aprovechada (supuestos, como los anteriormente citados, de en-

(4) s. 25-Enero-1888 (G. 6-5-1888)

"No es apreciable la nocturnidad cuando encontrándose de noche en las calles de una población varias personas, promueven una cuestión y durante ella se hacen disparos determinantes de varias lesiones".

(5) s. 11-Diciembre-1885 (G. 9-1-1886)

"Si en la perpetración de un asesinato intervino la noche como circunstancia puramente accidental, no constituye la agravante genérica de este número".

cuentros casuales entre agresor y agredido), la agravante no ha de ser estimada, como tampoco cuando en los hechos probados no sólo no consta la accidentalidad de la noche, sino que tampoco consta que la misma fue buscada o aprovechada de propósito, como se indica en la sentencia de 17 de noviembre de 1971 (6) pues de tomar criterio opuesto al indicado se incurriría en la infracción de estar presumiéndose que la noche se buscó o se aprovechó de propósito, sobre que este aspecto es importante indicar que si bien en la jurisprudencia posterior a la Constitución Española de 1978 la negativa a considerarse presumida la búsqueda o el aprovechamiento anteriormente indicados se queda en la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24 del texto constitucional, las resoluciones anteriores fundamentaban la falta de apreciación de esos elementos como mera presunción en el principio "in dubio pro reo", pues recordemos que nos estamos refiriendo al supuesto en que como

(6) s. 17-Noviembre-71 (A. 5025)

"A entender tácitamente que la noche fue un mero accidente de la ejecución sin transcendencia especial, en cuyo caso puede aplicarse".

hecho probado consta la noche sin mención alguna a su posible accidentalidad.

La noche constituye el elemento objetivo de la agravante de nocturnidad, junto con otros elementos como la soledad o la oscuridad, si buscamos en las resoluciones de la jurisprudencia la fundamentación de ello, ésta en definitiva descansa -como en la soledad: la oscuridad- en la facilidad comisiva que la misma reporta como también en una posible impunidad, ello en base a diversas causas como es principalmente la falta de tránsito de personas por las calles, así en la sentencia de dos de marzo de 1970 (7) se hace hincapié en que en la noche no acuden personas en auxilio de la víctima, y en la senten-

(7) s. 2-Marzo-70 (A. 1082)

"Que en los escenarios de sus hechos y por la noche misma no existían a la sazón personas que pudieran advertir sus acciones y acudir en auxilio de las desgraciadas mujeres, a las que sustraían cuanto de valor hallaban en ellas".

cia de cinco de mayo de 1971 (8) se destaca que la noche constituye un período diario habitualmente destinado al descanso, lo que conlleva una casi absoluta paralización de movimientos y presencia de habitantes; este criterio también lo encontramos en la sentencia de 16 de octubre de 1986, en la cual se desestimó la apreciación de la agravante, ya que los hechos acaecieron, de noche, en la puerta de un bar que se encontraba abierto al público.

Por último, es importante -con respecto al elemento objetivo de la noche- el problema que se suscita con referencia a si determinados hechos cometidos -integrantes de un tipo penal-

(8) s. 5-Mayo-71 (A. 2157)

"Facilitó la actividad de los culpables, incluso desarrollada en una vivienda de una populosa ciudad, presumiblemente iluminada en sus vías públicas, puesto que se pretendían obviar obstáculos superiores sin duda concurrentes en horas diurnas, tanto por la mayor visibilidad, cuanto por la progresiva y casi absoluta paralización del movimiento y presencia activa de los habitantes de la ciudad, y de los acreedores de las viviendas en aquellos períodos diarios habitualmente destinados al descanso".

sólo pueden ser ejecutados en la noche, es una alegación que se recoge en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, la jurisprudencia es unánime en considerar que la comisión de los hechos durante la noche lo que reporta -según las sentencias estudiadas- es una mayor facilidad comisiva y mayor posibilidad de impunidad, pero que los hechos delictivos enjuiciados en cada caso concreto también pudieron cometerse bajo la luz natural del día, así se expresa en la sentencia de 18 de mayo de 1972 (9) en un caso en el que el recurrente alegaba que el robo cometido en un establecimiento de comestibles sólo podía ser llevado a cabo con éxito durante la noche, la misma resolución expresa que la facilidad que provoca la noche constitu-

(9) s. 18-Mayo-72 (A. 2206)

"No siendo válido el razonamiento del recurrente cuando pretende que es inherente al robo de autos perpetrado en un establecimiento de comestibles que sólo en horas nocturnas de cierre podía ser forzado con garantías de éxito, pues tal modo de argüir confunde lo que es esencial al mismo, como es la hora nocturna, de modo que el delito de robo con fuerza en las cosas, aun aplicado a establecimientos mercantiles sitos en una ciudad populosa, es evidente que puede perpetrarse de día o de noche, como lo evidencian la misma "praxis", lo cual es distinto de que sea más fácil la comisión nocturna".

ya la esencia de la agravante y que entender la circunstancia de otro modo equivaldría a su inaplicación (como sería en el caso de considerar inaplicable la nocturnidad cuando los hechos cometidos durante la noche pudieron ser ejecutados en horas diurnas; este criterio se aprecia con mayor claridad incluso en determinados supuestos en concreto como el contemplado en la sentencia de 30 de diciembre de 1974 (10) con ocasión de lesiones causadas a una persona que ejercía funciones de "sereno" en la vía pública, en la cual se aprecia la agravante de nocturnidad en base a que en el momento de cometerse los hechos delictivos existían condiciones más eleemtos favorables a la comisión delictiva, como son la oscuridad y la soledad, de tal forma que constituyen la "ratio essendi" de la agravante en cuestión.

(10) s. 30-Diciembre-74 (A. 5292)

"Ya que no se puede atacar a un sereno en servicio para quitarle el arma, sino de noche, su planteamiento resulta inútil y estéril, porque si bien tal circunstancia fue correctamente estimada porque en dicho período de tiempo existían condiciones más favorables de oscuridad y soledad para realizar el delito con mayor eficacia y probabilidades de éxito e impunidad".

C - EN RELACIÓN AL LUGAR

a) Despoblado

El despoblado podemos entenderlo bien como circunstancia aparente que integra el número 13º del artículo 10º del Código Penal junto a la nocturnidad y a la cuadrilla, o bien como elemento objetivo que puede concurrir junto a los hechos; a ambos aspectos nos referiremos a continuación.

El despoblado constituye una circunstancia agravante diferente de la noche o la cuadrilla (circunstancia que igualmente integran el número 13 del artículo décimo del Código Penal), sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo mantiene que los tres incisos que señala el texto de esta agravante se refieren a "tres casos diferentes con el mismo efecto legal" como señalan múltiples sentencias (como la de 26 de agosto de 1898) de

tal manera que de concurrir uno de esos incisos o elementos junto con otro o los otros dos del mismo número 13 se genera únicamente una sola agravante, así lo viene manteniendo de forma tajante la jurisprudencia en múltiples resoluciones; la concurrencia de la noche y el despoblado ha sido tratada en varias sentencias como en la de 7 de junio de 1886 (1) en la cual se considera que el cometerse el hecho de noche y en despoblado constituye una sola agravante y no dos, ya que aunque cada una de ellas -noche y despoblado- constituyen de por sí una agravante, cuando concurren no deja de constituirse una sola circunstancia; en el mismo sentido la sentencia de 11 de noviembre de 1890 considera que la nocturnidad y el despoblado, si concurren reunidas en un solo hecho, no pueden apreciarse como un motivo de agravación de la pena al estar las

(1) s. 7-Junio-1886 (G. 15-9-1886)

"Constituye una agravante comprendida en este número, y no dos, porque aunque el cometerse el hecho de noche, atendidas las circunstancias y antecedentes del delito y estar en despoblado la casa en que se efectuó, cada una, cuando concurren, constituye por sí una agravante cuando, cual sucede en el caso actual, concurren reunidos en un hecho; y como los dos son objeto de un solo número del artículo 10, constituye una sola circunstancia".

dos comprendidas en el mismo número del artículo 10 del Código Penal.

Siendo lo expuesto el criterio jurisprudencial que viene contemplándose es posible el localizar alguna resolución como la de 27 de abril de 1897 (2) en la que de manera extraordinaria se considera otro criterio, es decir, que de concurrir la noche y el despoblado se producirá no una, sino dos circunstancias agravantes.

Por otra parte, el criterio mantenido -de considerar la producción de una sola circunstancia de concurrir la noche y el despoblado- nos lleva a la consecuencia de ser apreciable tales circunstancias como compatible entre sí, relación que se expresa en resoluciones como la sentencia de 13 de julio de

(2) s. 11-Noviembre-1890 (G. 13-12-1890)

"Si concurren reunidas en un solo hecho, no pueden apreciarse como un motivo de agravación para la graduación de la pena, estar las dos comprendidas en un solo número del artículo 10".

1901 (3) o la de 22 de enero de 1919 en la cual se recoge el supuesto de aprovechamiento de la noche para realizar el crimen con mayor éxito o impunidad y escogió al efecto un sitio muy solo y apartado del tránsito común.

Como también se considera en la sentencia de 7 de noviembre de 1973 al conjuntar, para facilitar el hecho delictivo, la soledad del paraje y la oscuridad de la noche, lo que conlleva a que concurrieran en el supuesto contemplado dos de las posibilidades autónomas y distintas de agravación contempladas en el mismo número 13º del artículo décimo del Código Penal.

Igualmente, la sentencia de 25 de enero de 1977 ratifica la compatibilidad existente entre ambas circunstancias "una y otra son entidades autónomas y no se consumen"; en algunas re-

(3) s. 13-Enero-1901 (G. 21-5-1901)

"Subsanados por el Real Decreto de 1-1-871 los errores materiales cometidos en la redacción del Código Penal, deben estimarse como independientes las agravantes de la noche y el despoblado, siendo como son entre sí compatibles".

soluciones de la última década la compatibilidad se considera en base a que la nocturnidad se refiere al "tiempo" de la comisión y el despoblado al "lugar" de la comisión como se expresa en la sentencia de 24 de noviembre de 1986 de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Soto Nieto.

Entrando en el estudio del despoblado como elemento real que guarda relación con la nocturnidad -en concreto con el elemento objetivo requisito de la misma- si bien, como señala la sentencia de 3 de junio de 1943 (4) a la estimación de la nocturnidad no afecta que el lugar en que se cometa el delito sea o no habitable, resolución que recuerda al tratarse ambas circunstancias de dos agravantes independientes, aunque en su

(4) s. 3-Junio-1941 (A. 848)

"Un delito de robo que tan grave alarma produce y en cuanto que la nocturnidad -a la estimación de la cual no afecta que el lugar en que se cometa aquel sea o no habitado- favorece en alto grado la impunidad que busca el culpable".

apreciación conjunta se considera una sola circunstancia; igual carácter de elementos separados se aprecia en la sentencia de 8 de marzo de 1954 en la cual se considera que los riesgos evitados con la nocturnidad no tienen nada que ver con los que podrían haber existido por razón de la presencia de personas en la habitación donde se ejecutó la acción delictiva; criterio mantenido igualmente en la sentencia de 18 de febrero de 1955 en la que partiendo de no ser el despoblado un elemento integrante de la nocturnidad, en el supuesto de autos la noche se buscó de propósito "ya que el lugar de los hechos por la noche queda despoblado" (robo cometido en un cementerio).

De cualquier forma, lo cierto es que la nocturnidad para ser apreciada requiere de una valoración previa de elementos que, como el despoblado, pueden concurrir con la noche produciendo la estimación de la agravante de nocturnidad al tratarse de ciertos elementos que facilitan la comisión delictiva y la impunidad de los hechos cometidos en la noche, elementos que, como el despoblado, su propia existencia con entidad suficiente podría conllevarles a producir una agravante autónoma.

Así, en diversas resoluciones el despoblado aparece junto a la nocturnidad, no como circunstancia autónoma y con entidad suficiente para la producción de una circunstancia agravante autónoma, sino como hecho o elemento que coexiste con la noche colaborando en la mayor facilidad comisiva y dificultad de identificación en que consiste la nocturnidad; así en la sentencia de 10 de noviembre de 1991 (5) considera de forma expresa lo que otras resoluciones hacen únicamente de manera implícita, pues oponiéndose generalmente a la apreciación de la nocturnidad el existir ciudades dotadas de un buen servicio de vigilancia "permanente del público en las calles", lo cierto es que como expone la referida sentencia "aunque no pueda desconocerse que la vida nocturna de las ciudades populosas haya mermado la soledad de sus calles, no es menos cierto que esa vida nocturna no suele hacerse en la vía pública, y queda ésta

(5) s. 10-Noviembre-1971 (A. 4546)

"En esas horas de la noche, los procesados pudieron escalar tres edificios trepando por las paredes, sin ser interrumpidos por persona alguna, lo que evidencia las facilidades de ejecución que lograron para su plan delictivo.

prácticamente sin o con muy escasos transeuntes cuya presencia pudiese estorbar los atentados"; de tal forma que la presencia o ausencia de personas en las calles u otros lugares de comisión constituye un elemento fundamental para la apreciación de la nocturnidad. En muchas resoluciones se hace hincapié en que el hecho se cometió de noche y no de día para evitar el tránsito de personas por el lugar, así la sentencia de 10 de junio de 1972 (en la que no se aprecia la circunstancia agravante al faltar el elemento subjetivo que la integra) se hace referencia a la comisión de los hechos por la noche ya que se trataba de una "populosa ciudad".

En muchas resoluciones el elemento del despoblado se convierte en sinónimo de soledad (elemento que en varias sentencias se necesita como requisito objetivo), así con la sentencia de 23 de marzo de 1973 se hace referencia al lugar de los hechos como "completamente solitario, sin ninguna luz, ya que solo se verá a unos cincuenta metros de casa a oscuras y al parecer deshabitada", por lo que la soledad era completa.

En parecida consideración encontramos la sentencia de 10 de

febrero de 1977 (6) en la cual el despoblado vuelve a considerarse no como circunstancia agravante autónoma, sino como elemento que coexiste con la noche para facilitar la ejecución y dificultad de descubrimiento; siendo de destacar que en esa misma sentencia se fundamenta no estimarse el despoblado en cuestión como circunstancia propia e independiente, ya que ésta última está caracterizada por la concurrencia de una serie de requisitos que no se aprecian con identidad suficiente "unos obreros que por allí se encontraban llamaron al agresor".

Como conclusión, podemos destacar la doble vertiente del despoblado en su relación con la nocturnidad; por una parte, puede integrar una circunstancia propia e independiente que sería compatible con la nocturnidad si bien en caso de concurrencia

(6) s. 10-Febrero-1977 (A. 446)

"Cuando aceptaban, las subían a un automóvil dirigiéndose a diferentes despoblados próximos a las afueras".

de ambas se estima -al estar las dos recogidas en el mismo número del artículo 10º- que únicamente existe una sola circunstancia agravante; y por otra parte como elemento que contribuye a la soledad de la noche con la finalidad de lograr una mayor facilidad comisiva y dificultar la identidad del sujeto activo, lo cual acontecerá cuando el despoblado no reúna los requisitos indispensables para su apreciación como circunstancia propia.

b - Soledad

La soledad, al igual que la oscuridad, ha pasado de ser un factor colaborador de la agravante de la nocturnidad, a constituir el elemento objetivo que se requiere para la apreciación de la agravante, así, como veremos, según los criterios jurisprudenciales más recientes, la soledad es un elemento imprescindible para la estimación de la nocturnidad; sin embargo, si nos fijamos en resoluciones más lejanas en el tiempo vemos como en las mismas no se trata a la soledad como si de un requisito indispensable se tratara, sino únicamente como un factor, con mayor o menor transcendencia, que coopera en la estimación de la agravante, ya que favorece la comisión delictiva aumentando la posible impunidad de los hechos delictivos.

Por ello, en sentencias lejanas en el tiempo, el alejamiento

exterior del lugar de comisión delictiva ha sido considerado de alta transcendencia jurídica ya que -conforme a la "ratio essenoli" de la agravante- ello conlleva que los ruidos o gritos de la víctima no alerten a terceras personas como se refleja en el considerando de la sentencia de 15 de junio de 1960 (1).

Igualmente, la transcendencia jurídica de la soledad se destaca en otras muchas sentencias como las de 15 de junio de 1961 (2) y la de 8 de marzo de 1973 en las cuales, como en otras muchas, se alude en la resolución al hecho objetivo de la so-

(1) s. 15-Julio-1960 (A. 010)

"Dentro del local lo aprovechado para el homicidio no fueron las inapreciadas tinieblas del solitario local, sino el alejamiento de la víctima de las dependencias más al exterior hacia otras interiores y donde los ruidos no trascendieran".

(2) s. 30-Junio-1961 (A. 2690)

"Ya que las horas de la noche y la soledad han tenido decisiva influencia en facilitar al sujeto activo el apoderamiento de la escalera, su colocación sin obstáculo de visibilidad o vigilancia y la ascensión al corredor y entrada a la sala".

ledad de la víctima, factor que incide de forma directa en la facilidad comisiva del delito y que suele consistir en una consecuencia directa de la noche, horas en las que el escaso tránsito de personas por las calles provocan la soledad.

En definitiva, se trata de un factor de grandísima transcendencia, pues según el criterio jurisprudencial -incluso el de una primera época, antes de evolucionar- la soledad constituye un factor inherente, por regla general, a la noche facilitando la ejecución del delito.

Sin embargo, debe de tenerse presente que el factor de la soledad no guarda similitud alguna con la agravante de despoblado, pues nos estamos refiriendo a la soledad como una situación de hecho que puede producirse en lo que vulgarmente consideramos como lugar poblado (una vivienda que integra una edificación de casas por pisos); ello, con independencia de los requisitos exigibles para estimar el despoblado como circunstancia agravante autónoma.

Por otra parte, es importante el destacar que en la primera

etapa jurisprudencial, es decir cuando la soledad no se consideraba como requisito indispensable, sino como un mero factor transcendente, se fallaron muchas sentencias en las que la soledad era un elemento inexistente en la apreciación de la agravante, pues la estimación de ésta dependía fundamentalmente de la concurrencia del elemento subjetivo o intencional con el elemento objetivo de la noche sin hacer mención alguna a la existencia o no de soledad y, en su caso, a la transcendencia jurídica de ésta.

Cuando la jurisprudencia establece en sus resoluciones la clasificación de requisitos que se necesitan para la apreciación de la nocturnidad es el momento en que comienza la segunda etapa jurisprudencial que se caracteriza por constituir la soledad como factor necesario para la estimación de la agravante de nocturnidad; así, en algunas sentencias como factor integrante del llamado "elemento objetivo" (como en las que es po-

nente el Excmo. Sr. Vivas Marzal) (3), y en otras como requisito autónomo de la citada agravante (como en las sentencias en las que el Ponente es el Excmo. Sr. Gómez de Liaño) (4).

Así, las resoluciones que estiman la soledad como un requisito imprescindible para la apreciación de la nocturnidad fundamentan esta consideración en que durante las horas de la noche el común de las personas se dedica al descanso, por lo que la apreciación de una determinada soledad supone la im-

(3)

"De lo que se infiere la concurrencia indudable de los requisitos objetivos de la nocturnidad, esto es, de la soledad y de la nocturnidad, esto es, de la soledad y de la oscuridad, con los consiguientes desvalimientos e indefensión de la víctima, así como del subjetivo, pues no sólo aprovecharon de propósito la hora nocturna en que se realizaron los hechos sino que buscaron intencionadamente un lugar "ad hoc", donde por no haber luz artificial las sombras de la noche fueran más intensas y espesas y la soledad absoluta, pues la proximidad de un cementerio no suele inducir a nadie a frecuentar sus inmediaciones en horas desusadas".

(4) s. 13-Enero-1981 (A. 131)

"La existencia de determinada soledad, para que pueda darse el fin teleológico de la agravación, por lo que evita su apreciación la concurrencia de personas que eliminen la potencialidad de este fin".

sibilidad de concurrencia de personas que impongan dificultades a la ejecución delictiva o que, consumada ésta, al descubrimiento del autor de los hechos.

En definitiva, la soledad ha pasado a engrosar los requisitos objetivos de la agravante en estudio, de tal forma que la ausencia de soledad no podría permitir la apreciación de la nocturnidad; sin embargo, ello no significa que en todas las resoluciones judiciales modernas o actuales tenga que hacerse hincapié en este elemento, en muchas no se menciona en sus fundamentos o consideraciones jurídicas a pesar de la estimación de la agravante de nocturnidad, lo cual sucede porque en la misma se da por supuesto que la soledad es siempre inherente a las horas nocturnas.

2º. ELEMENTOS SUBJETIVOS

A) "APROVECHAMIENTO"

La búsqueda de propósito y el aprovechamiento de la noche constituyen el elemento subjetivo de la agravante de la nocturnidad.

Es importante comenzar este apartado precisando que el mencionado elemento subjetivo de la agravante en definitiva está integrado por dos autónomos e independientes: la búsqueda de propósito de la noche, y el aprovechamiento de la misma; es decir, no se requiere que la búsqueda y el aprovechamiento de la noche concurren para apreciarse el

elemento objetivo. La referida cuestión ha sido contemplada jurisprudencialmente en múltiples resoluciones que abordan el tema, dejando bien claro y sentado el criterio unánime que es suficiente que la noche hubiese sido aprovechada para que ya se perfeccione el elemento subjetivo que compara la agravante de la nocturnidad, criterio que aparece expuesto en sentencias como la de 30 de junio de 1962 (1) en la que se considera que es suficiente el aprovechamiento de la noche para apreciar la nocturnidad; como también en la sentencia de 3 de julio de 1948, o en la de 27 de mayo de 1974 (2) la cual ataja la cuestión de forma directa



(1) s. 30-Junio-1962 (A. 3088)

"Aprovechando la noche que favorecía la ejecución de sus designios", basta que tal circunstancia aparezca del relato para poder apreciarla y resulta evidente que con dificultad y en pleno día por la presencia posible de personas por la carretera y por la más fácil identificación de los delincuentes, pueden cometerse estos hechos".

(2) s. 27-Mayo-1974 (A. 2433)

"Acción, penetraron por una ventana, resulta evidente que si no se buscaron de propósito la circunstancia de nocturnidad, que es lo que parece más probable, sí resulta indudable que se aprovecharon de ella pues es notorio que en la época y horas citadas es completamente de noche, que con su oscuridad y menor tránsito de gentes por la calle indicada facilita la realización".

expresando que aunque no se buscara de propósito la nocturnidad, el aprovechamiento de la misma constituye de por sí la agravante en estudio; criterio recogido de forma idéntica en la resolución de 12 de marzo de 1984 en la que se estima la concurrencia de la nocturnidad, ya que si bien los delincuentes no buscaron esas "altas horas de la noche" si que se aprovecharon de las mismas. En todos estos supuestos en los que se aprecia la existencia de aprovechamiento, ésta se fundamenta -a pesar de constituir un elemento subjetivo- en elementos objetivos sobre los que se produce el aprovechamiento en cuestión, como puede constituir el hecho -aprovechando- de poder ser escalada la fachada de un colegio el cual ya ha quedado vacío al haber finalizado las clases (s. 27-5-1974), o el de acudir en un descampado próximo al pueblo por donde a esas horas de la noche ya no transitan personas (s. 12-3-84).

De cualquier forma, el que la noche no haya sido buscada de propósito no supone que la misma constituya un elemento accidental a la acción delictiva, pues si, a pesar de no haber sido buscada, existió un aprovechamiento de la nocturnidad, desaparece cualquier atisbo de accidentalidad en la concurrencia

de la noche.

En definitiva, cuando no existió búsqueda de la noche pero la misma sí que fue aprovechada, lo que sucede generalmente es que el dolo directo (búsqueda de la nocturnidad) ha sido suprimido por un dolo eventual (aprovechamiento de los elementos y circunstancias que concurran).

Por otra parte, podemos preguntarnos en qué consiste el aprovechamiento de la nocturnidad, la cual nos llevará a tratar el fundamento de este elemento subjetivo; si bien el alcance inmediato del aprovechamiento puede revestir diversas finalidades, tales como el trepar, escalar, romper una cerradura, etc., su finalidad última radica en el menor riesgo que comporta la noche como también en la producción de una mayor alarma social; en este sentido, la sentencia de 6 de junio de 1971 (3) nos indica la existencia de dichos elementos finalís-

(3) s. 6-Julio-1971 (A. 3442)

"Por tanto indefensa, por lo que en definitiva, realizando el hecho de noche, existe menor riesgo para el agente y una más alta e intensa alarma social".

ticos, resolución en la que se vuelve a diferenciar entre la "búsqueda" y el "aprovechamiento" señalando la misma que la búsqueda consiste en una intención dirigida, mientras que el aprovechamiento radica en que llegado el instante de ejecución se acoge y se utiliza la noche.

El aludido menor riesgo y mayor alarma social que conlleva la comisión delictiva en la noche no obsta a que, simultáneamente, o de forma más directa, se busquen otras finalidades como el evitar el tránsito en las vías públicas o eliminar a posibles testigos identificadores, razones recogidas en sentencias como en la de 23 de marzo de 1971 (4), que en definitiva conducen a la búsqueda finalística de un menor riesgo en la acción, lo que lleva embebida la intencionalidad de burlar a la justicia y de eludir su castigo, razonamientos recogidos en la

(4) s. 23-Marzo-1971 (A. 1023)

"Riesgos que si bien no desaparecen del todo, se mitigan considerablemente al realizarlos en la oscuridad de la noche, cuando el tránsito por las calles casi desaparece, haciendo más facil esquivar la presencia de testigos".

sentencia de 5 de diciembre de 1968 (5).

En algunos supuestos, el aprovechamiento de la noche para la ya tan repetida facilidad comisiva puede venir reflejado en los hechos probados de forma tan clara y manifiesta como lo es el haber huido del día (supuesto recogido en la sentencia de 14 de diciembre de 1970) (6).

Si bien el fundamento pragmático del aprovechamiento de la nocturnidad radica en los pilares antes expuestos, el fundamento jurídico del mismo se encuentra en la mayor culpabilidad y antijuridicidad que reflejan esas acciones, razonamiento que acoge la jurisprudencia en varias resoluciones de la que sirve

(5) s. 5-Diciembre-1968 (A. 5134)

"Mas no influyó en esta situación personal la mayor o menor luz en el pueblo, esto se aprovechó para evitar la identificación para buscar la justicia y eludir el castigo".

(6) s. 14-Diciembre-1970 (A. 5292)

"Precisamente los culpables rehuían el día".

como ejemplo la sentencia de 6 de abril de 1984, la cual indica "aprovechamiento de la noche, demostrando un plus de culpabilidad y antijuridicidad", no olvidemos que el aprovechamiento en cuestión refleja una voluntad interna, que si bien no consiste en ir dirigida hacia un fin concreto y determinando (la noche) si que se trata de acoger y utilizar los elementos que concurren en la acción, lo cual conlleva un elemento intencional agrupado en la culpabilidad; respecto a la antijuridicidad, la mayor alarma social y menor dificultad comisiva constituyen elementos que agravan la antijuridicidad del hecho delictivo al tratarse, en definitiva, de actos contrarios al ordenamiento jurídico.

El elemento intencional que conlleva el aprovechamiento de la noche de forma inherente provoca que ésta última no pueda consistir en un elemento accidental respecto a los hechos delictivos cometidos, pues la accidentalidad desaparece por completo desde el momento en que la voluntad acoge y utiliza los elementos en que consiste la noche, por lo que éstos ya dejaron de ser accidentales para convertirse en trascendentes a los efectos de agravar las acciones cometidas.

Entrando en las cuestiones que suscitan las sentencias que estiman la agravante de nocturnidad al concurrir el elemento subjetivo del aprovechamiento de la noche, es de destacar que dicho aprovechamiento, como factor subjetivo único, es incompatible con la acción de esperar a que llegue la noche o la oscuridad, pues estos son actos que denotan una voluntad dirigida a la búsqueda de la noche, por lo que estaríamos ante el factor de la búsqueda de la noche y no de aprovechamiento (el cual podría concurrir con aquél).

En la mayor parte de las resoluciones en las que se estima la nocturnidad en base a la existencia de aprovechamiento de la noche, que no fue buscada de propósito, se hace hincapié en que, entonces, la noche dejó de constituir un elemento accidental, provocando en tales supuestos la estimación de la agravante de nocturnidad; igualmente, debe de destacarse que cabe acreditarse el aprovechamiento de la noche, aún cuando no conste en los hechos probados la hora de ejecución del delito.

De cualquier forma, el aprovecharse de la noche para constituir el elemento subjetivo de la nocturnidad, debe de estar

encaminado a la mayor facilidad comisiva que la noche lleva consigo, como recogen diversas resoluciones de las que cabe reseñar la de 22 de junio de 1973, en la cual se recoge la exigencia según la cual la voluntad del agente debe de ir dirigida finalísticamente al aprovechamiento de la noche "como medio óptimo de ejecución del delito"; de cualquier forma, tal elemento finalístico a veces aparece recogido de forma expresa en los hechos probados de las sentencias, así en la de 11 de noviembre de 1958 (7), se menciona de manera expresa que el aprovechamiento de la noche consistió en que el agente se amparó en las sombras de la noche con el fin de no ser conocido por la ofendida.

La mayor parte de las resoluciones en las que el Tribunal Supremo desestimó la apreciación del aprovechamiento, se debe a tratarse de supuestos en los que la noche aparece como elemen-

(7) s. 11-Noviembre-1958 (A. 3362)

"No sólo buscado, también aprovechado de sus sombras para que la ofendida no le conociese".

to accidental. La mencionada accidentalidad de la noche puede venir determinada por muy diversas causas que, en resumen, reflejan la intrascendencia que la noche tuvo para el agente, un supuesto de ello puede constituirle el hecho de iniciar (el agente) la persecución del ofendido a plena luz del día, no dándole alcance hasta que ya era de noche cerrada (s. 17-2-1966); o -como recoge la sentencia de 4 de junio de 1969- (8) cuando la noche concurre a los hechos sin ninguna transcendencia, es decir, sin ser utilizada por el agente, como sucede cuando (supuesto de la sentencia reseñada) el agresor es despertado por su esposa, la cual le apercibe de la desaparición de la hija de ambos del domicilio familiar, cometiendo su agresión al encontrarse a la misma con el sujeto agredido en

(8) s. 4-Junio-1969 (A. 3616)

"La agravante de nocturnidad que se postula no es posible apreciarla porque el suceso se produjo por haber sido despertado el procesado por su esposa y advertido que la hija de ambos, soltera y de 24 años de edad, no se encontraba en el dormitorio propio ni en la casa, por lo que al comprobar la realidad de lo que le era dicho se dirigió a la cuadra y luego al pajar en busca de la joven, cual correspondía a su condición de padre, y fue cuando al hallarla en unión del interfecto agredió a éste, lo que revela que la noche no se buscó de propósito ni fue aprovechada".

una estancia de la vivienda, lo cual denota que no sólo no buscó la noche, sino que tampoco se aprovechó de la misma, ya que no utilizó para nada los elementos que ésta le reportaba; intrascendencia de la noche que también se recoge en la sentencia de 17 de noviembre de 1971 en la que se expone de forma expresa que no constando circunstancia alguna que indicase que la noche fue aprovechada (o buscada), ha de entenderse tácitamente que la noche fue un elemento con concurso accidental en la ejecución de los hechos.

De cualquier forma, la accidentalidad de la noche en la ejecución delictiva, se refleja con claridad en aquellos supuestos en que la acción delictiva es fruto de una decisión imprevista o de una reacción súbita, de tal manera que cuando surge el propósito delictivo no tiene cabida en la voluntad el acogerse o utilizar las facilidades que reporta la nocturnidad; supuestos de este tipo serían: cuando la decisión de dar muerte a la víctima surgió de improviso, "idea siniestra que surgió en dicho momento de ánimo, o sea, de modo súbito", supuesto recogi

do en la sentencia de 30 de diciembre de 1946 (9), en la que se considera que la falta de aprovechamiento de la noche viene dada no sólo por la decisión tomada de improviso, sino también por el resto de circunstancias concurrentes que conllevan a la conclusión de no haber sido acogida o aceptada ni utilizada la noche (el agresor vivía con el ofendido en una vivienda, sin existir posibilidad de que terceras personas se interfiriesen en los hechos); parecida fundamentación encontramos en la sentencia de 29 de septiembre de 1965 (10) en la cual, junto con otros hechos delictivos, se enjuició la sustracción de un bol-

(9) s. 30-Diciembre-1946 (A. 90)

"Al ser la nocturnidad en el caso concreto enjuiciado, por las singulares modalidades que concurren en el mismo, una circunstancia meramente accidental, ya que el pensamiento y la decisión de privar de la vida a la víctima surgió de improviso, sin tenerla en cuenta, ni aprovecharla intencionadamente con tales fines".

(10) s. 29-Septiembre-1965 (A. 4018)

"Que aquella frase "en la noche aprovechada de propósito", inestimada como concepto jurídico, antepuesta la prolija narración de los hechos relacionados con las proposiciones deshonestas, su repulsa, la agresión subsiguiente y el regreso, llega sin fuerza adhesiva al rapidísimo movimiento de arrebatarse el dinero del bolso y no es aplicable dicha circunstancia, totalmente accidental".

so en el interior de un vehículo en el que viajaban agresor y ofendida, el arrebató del bolso se efectuó de forma tan rápida y súbita que no cabe apreciar ningún género de aprovechamiento de la noche respecto al mismo; parecida reacción súbita encontramos recogida en la sentencia de 14 de mayo de 1966 (11) en la cual se desestimó la apreciación de la agravante de nocturnidad en base a no haber existido utilización o aprovechamiento alguno de la noche para la comisión de los hechos delictivos (abusos deshonestos), de tal forma que el agente llevó a cabo los mismos sin un planteamiento previo o reflexivo de la hora, sino que ejecutó sus actos cuando sus instintos de forma súbita le condujeron a ello.

En definitiva, la jurisprudencia mantiene el criterio de considerar accidental la noche cuando la voluntad del sujeto ac-

(11) s. 14-Mayo-1966 (A. 2483)

"La prolongada sesión de baile, en lugar público primero y en casa particular después, con las mismas jóvenes excitó de tal manera sus instintos sexuales que la agresión mejor parece una súbita reacción impensada".

tivo de la acción ante la decisión súbita tomada, no pudo acoger ni utilizar las facilidades comisivas que la noche le proporcionaba, situación que se produce en aquellos supuestos en los que el sujeto activo no tuvo para nada en cuenta la hora en que se encontraba, surgiendo sus propósitos delictivos que llevó a la realidad seguidamente, situación que se produjo en los supuestos enjuiciados en las últimas sentencias reseñadas como en el contemplado en la sentencia de 22 de febrero de 1958 (12) en la cual los propósitos súbitos de dar muerte se llevaron a cabo de forma rápida.

En conclusión, debe de señalarse que el aprovechamiento es uno de los elementos integrantes del requisito subjetivo que ha de concurrir para la estimación de la agravante de la nocturnidad, elemento que puede tomar vida propia o que puede ir acom-

(12) s. 22-Febrero-1958 (A. 390)

"El procesado no ha tenido para nada en cuenta la hora en que se encontraba, en la que surgieron en su mente los propósitos homicidas que llevó seguidamente a la realidad".

pañado de la "búsqueda de la noche". En cualquier caso, el aprovechamiento de la noche ha de situarse en el plano del elemento subjetivo que busca una mayor facilidad comisiva a través de este aprovechamiento, el cual no se llega a producir si la noche es un elemento meramente accidental a los hechos, de forma que es irrelevante o intrascendente a la ejecución delictiva; lo cual puede venir dado por la súbita y repentina decisión del agente.

B) BÚSQUEDA DE LA NOCHE

La búsqueda de la noche, junto con el aprovechamiento de la misma, integra el elemento subjetivo de la agravante de nocturnidad.

Mientras el aprovechamiento de la noche consiste en una voluntad que acoge y utiliza los medios que la noche le proporciona, la búsqueda consiste en una voluntad dirigida a un fin, el encuentro con esos medios que la noche le facilita; pues el fundamento de esta agravación consiste en la mayor peligrosidad del agente que se ampara en sombras de la noche para mejor conseguir sus fines y antijurídicos propósitos, pretendiendo y logrando fundamentalmente el mayor desamparo de la víctima con las consiguientes facilidades comisivas, como la dificultad de recibir la vícti-

ma ayuda externa, ocultar el agente su identidad, propiciar su fuga o su impunidad; en definitiva, la búsqueda de la noche supone un plus de culpabilidad y de antijuridicidad pues la voluntad del agente es tendente a esa búsqueda, con lo que refleja una mayor peligrosidad, ya que connota una actuación finalista tendente a recibir la noche como medio de ejecución, es decir, existe entonces una cierta planificación.

La voluntad tendente a la búsqueda de la noche queda reflejada en actos externos de muy diversa índole; puede tratarse de actos de naturaleza positiva como los recogidos en la sentencia de 29 de noviembre de 1974 (1), es decir, el traslado de una localidad a otra (Zaragoza-Huesca)

(1) s. 29-Octubre-74 (A. 4334)

"Que la noche fue buscada de propósito por los agentes, los cuales se trasladaron desde Zaragoza en un automóvil alquilado, constituyéndose en Huesca a hora propicia para su dinámica criminal que precisaba inexcusablemente oscuridad y soledad para, evitando llamar la atención a vecinos o transeúntes".

con el fin de llegar a ésta en la noche; o noches como el recogido en numerosas resoluciones (como la de 2 de marzo de 1990) (2) consistentes en el traslado a un lugar alejado durante la noche, la cual había sido elegida por el agente, elección que integra la voluntad dirigida a un fin en que consiste la búsqueda, ya que la elección de una noche no es otra cosa que una búsqueda deliberada de la noche para la comisión delictiva que se propone el agente.

En muchas ocasiones la acción que refleja la búsqueda de la noche queda diluida en la misma voluntad de encontrarse con la oscuridad de la noche, de tal manera que no existe una clara expresión de la voluntad que no sea la de elegir la noche sin acompañamiento de cualquier otra acción de naturaleza positiva.

(2) s. 2-Marzo-1970 (A. 1082)

"Llevándolas con engaño en su automóvil y a altas horas de la noche a lugares apartados de esa capital, las despojaba así mediante el empleo de violencia física unas veces, y de intimidación otras de dinero y objetos".

Igualmente, no ofrece dificultad alguna el apreciar que la noche fue buscada de propósito cuando existió un concierto previo entre los agentes para la comisión de los hechos amparándose en la oscuridad (sentencia de 13 de junio de 1977) (3).

De cualquier forma, en las sentencias del Tribunal Supremo encontramos que un acto de naturaleza negativa -el esperar- suele ser reflejo de esta voluntad tendente a la búsqueda de la noche; cuestión reflejada en muchas resoluciones: en la de 23 de septiembre de 1947 (4) se considera que esperar a la víctima y al no aparecer ésta decidir volver a esperarla la noche siguiente, es acreditativo de haber buscado la noche; igualmente, en la de 14 de junio de 1961 (5) el hecho de esperar a

(3) s. 13-Junio-1977 (A. 2736)

"Por haberse tenido en cuenta en el concierto previo esta circunstancia de tenerlo que realizar de noche".

(4) s. 23-Septiembre-1947 (A. 1067)

"Al ver que después de esperarle no aparecía se separaron quedando convenido para realizarlo la noche siguiente".

(5) s. 14-Junio-1961 (A. 2191)

"Siguiendo su costumbre de beber y sin que afectase a sus facultades mentales, con lo que ocuparon el tiempo durante el que esperaban que llegase la plena oscuridad y, sobre las 8 y media de la tarde, en que dada la época del año, era de noche y se acercaron a la fábrica".

que llegase la plena oscuridad pasando a la ejecución de los hechos cuando aquélla se produjo, también es considerado como integrante de la búsqueda de la noche; o también, en la sentencia de 20 de febrero de 1971 (6) en la cual se estimó que existía búsqueda de la noche, ya que el procesado esperaba dentro de la fábrica, en donde cometía las sustracciones, a que se hiciese de noche.

Por ello, la acción de esperar a la noche se estima como constitutiva de la voluntad finalista de búsqueda o elección de la noche, al igual acontece en el hecho de calcular la hora de tal forma que se planifique el hecho delictivo en la noche (s. 28 de junio de 1973) (7).

(6) s. 20-Febrero-1971 (A. 650)

"Esperaba dentro de la factoría a que se hiciese de noche, y amparado en la oscuridad llegaba a la nave donde se encontraba el material que seguidamente sustraía y arrojaba al exterior".

(7) s. (A. 2886)

"Su traslado desde Madrid a Valladolid, para realizar el delito, y para llegar justamente a media noche a dicha última capital a fin de apoderarse en la nave almacén".

En definitiva, nos encontramos ante un elemento psicológico que debe de estar acreditado en los hechos probados, si bien no tiene porque estar acreditada de forma expresa dicha búsqueda, sí que puede quedar probada mediante actos positivos o negativos como los expuestos anteriormente. De no quedar acreditada la ya tan repetida búsqueda de la noche, habrá que estar a la concurrencia o no del aprovechamiento nocturno, pues si este (estudiado en otro apartado) no se produjo, no existirá entonces el elemento subjetivo que se requiere para la existencia de la agravante en cuestión.

De cualquier forma, este elemento de carácter subjetivo, al estar constituido por una voluntad dirigida a un fin, excluye la posibilidad de constituir la noche un elemento accidental, pues si se eligió ésta para la comisión delictiva, no puede alegarse de ningún modo la supuesta intranscendencia de la noche.

Como ya se señaló al comienzo de este apartado, el fundamento -práctico- de este elemento radica en que al buscar la noche lo que se pretende es una mayor facilidad comisiva (como se

tratará más a fondo al tratar el elemento de aprovechamiento de la noche, y de esa mayor finalidad comisiva que la misma reporta); algunas resoluciones hacen hincapié en la mencionada facilidad que reporta la comisión delictiva en la noche buscada de propósito, así la sentencia de 18 de noviembre de 1970 señala que la elección de la noche creó una situación desfavorable para la víctima obteniendo el agente una mayor facilidad para lograr sus ilícitos deseos; pues, en cualquier caso, la búsqueda de la noche se presenta como medio o modo de asegurar el resultado.

Por último, destacar que la búsqueda de la noche y el aprovechamiento de la misma constituyen dos factores o elementos que -integrantes del requisito subjetivo de la agravante de nocturnidad- pueden denunciar a los hechos de forma independiente o bien las dos conjuntamente, en ambos supuestos se debe apreciar la agravante de la nocturnidad.

C) I M P U N I D A D

Bajo el término impunidad hemos de comprender aquellos otros que se encuadran dentro de la finalidad del sujeto activo del delito de buscar una mayor facilidad comisiva y un resultado de menor riesgo.

En definitiva, bajo dicho término nos referiremos al elemento teleológico de la nocturnidad, el cual ofrece dos aspectos: uno, en el momento de la comisión delictiva, tendente a lograr una mayor facilidad en la comisión de los hechos, de tal manera que suprime obstáculos que estorbarían la consumación delictiva, y otro, en el momento posterior a la ejecución delictiva, tendente a evitar o disminuir el riesgo de ser puesto a disposición de la Justicia.

En definitiva, ambos aspectos integran el fundamento de la agravante en estudio su "ratio essendi", la cual está integrada en su aspecto plenamente jurídico por la concurrencia de un plus de culpabilidad y de antijuridicidad.

En uno y otro aspecto, lo cierto es que la noche reporta al sujeto activo del delito una mayor simplicidad en la ejecución del delito, pues se trata de horas en las que en las calles ha disminuido el tránsito de personas de existir éste, al tiempo que la oscuridad y las sombras permiten al agente delictivo actual sin levantar sospechas a la víctima o a terceras personas; igualmente la noche permite al sujeto activo que en el momento de la ejecución se dificulte su posible identificación, tanto por la víctima como por otras personas, y también que la posible huída del agente no se vea interrumpida u obstaculizada por personas que en esas horas escasean.

Las resoluciones del Tribunal Supremo que tratan la impunidad se refieren a los diversos aspectos de ésta, bien en un conjunto de factores en los que consistió el elemento finalístico, o bien en uno solo de ellos, como sucede en la sentencia

de 14 de marzo de 1935 (1) en la cual la impunidad se encuentra exclusivamente referida a alejarse del lugar en que se cometió el hecho delictivo. En uno u otro supuesto, lo cierto es que la impunidad constituye el fin del elemento subjetivo de la agravante de la nocturnidad pues, de cualquier forma, la búsqueda o el aprovechamiento de la noche siempre van encaminados al mismo fin. (s. 6 de noviembre de 1933: "Buscaron la noche de propósito, o se aprovecharon de ella para facilitar su realización o favorecer la impunidad del mismo"), (sentencia de 26 de septiembre de 1935 "Buscando de propósito esta circunstancia (la noche) para proporcionarse la impunidad"), (sentencia de 3 de junio de 1941 "La nocturnidad favorece en alto grado la impunidad que busca el culpable"); casi todas las resoluciones del Tribunal Supremo referentes a la nocturnidad incorporan a sus consideraciones el elemento finalístico que estamos tratando, en ellas es frecuente encon-

(1) s. 14-Marzo-1935 (A. 569)

"Se aprovecharon de ella para separarse de aquel lugar y conseguir así la impunidad de su delito".

encontrar dichas consideraciones en las que se hace expresa referencia a la impunidad que se pretende (s. 19-1-44) (2) (s. 23-11-44) (3), etc. En algunas resoluciones, como las dos últimas reseñadas, la impunidad se consigna como fin teleológico consecuencia de la noche sin circunscribirlo a ninguna acción en concreto (alejarse, llegar al lugar, trepar, etc.); como sí que se efectuó en otros "donde poder realizar sus propósitos sin que los agraviados pudiesen recibir útil y eficaz auxilio cuando trataban de defenderse..." (s. 21-11-72); "...y que el forzamiento (del establecimiento comercial) sería mucho más difícil por el contrario, fácilmente advertido por los viandantes..." (s. 14 de mayo de 1973); a veces como se consigna en la sentencia de 21 de diciembre de 1974 no se logra determinar el objeto concreto del elemento finalístico o

(2) s.19-Enero-1944 (A. 61)

"La noche fue aprovechada para cometerlo con mayores facilidades y con más posibles garantías de impunidad".

(3) s. 23-Noviembre-1944 (A. 516)

"Ocasión que estimó más propicia para realizar sus propósitos y asegurar su impunidad".

"voluntad finalista dirigida alternativamente bien a obtener mayor facilidad en la ejecución del hecho, o bien lograr una mayor impunidad personal", objetos que como ya se indicó al comienzo de este apartado forman parte del elemento teleológico o finalista y que nosotros agrupamos bajo el término "impunidad".

La jurisprudencia más moderna no se suele referir a la impunidad o al elemento teleológico de forma expresa, así, en las numerosas sentencias en las que se efectúa una clasificación sistemática de los requisitos que han de concurrir para la estimación de la agravante de nocturnidad, no se hace mayor referencia que la constancia de consistir el elemento subjetivo de la búsqueda o el aprovechamiento de la noche en condiciones -buscadas o aprovechadas- "para la más fácil perpetración de los hechos " (s. 16-11-1981) (4); la razón de no hacer hinca-

(4) s. 26-Noviembre-1981 (A. 4442)

"Esto es, que tan propicias condiciones se hayan buscado de propósito por los autores o, al menos éstos las hayan aprovechado para la más fácil perpetración de los hechos".

pié las resoluciones más modernas sobre el elemento finalístico o teleológico, radica en que se sobreentiende que la búsqueda o el aprovechamiento de la noche tiene su razón de ser en la esencia de la agravante, es decir, en una mayor facilidad comisiva.

3º. OTRAS CUESTIONES

Como se indicó en el apartado correspondiente a los requisitos, el que podríamos llamar elemento probatorio o procesal surge en la jurisprudencia en una etapa más o menos moderna, a partir de 1965, desde entonces, dependiendo del ponente de la sentencia, suele incluirse como requisito para la apreciación de la nocturnidad.

En concreto dos ponentes, los Excmos. Sres. Vivas Marzal y Moyna.

Este elemento fue introducido en la jurisprudencia por el Excmo. Sr. Vivas Marzal en sentencias del año 1976, sin embargo, en un primer momento lo designa como "elemento probatorio"

(s. 8 de abril de 1975) (1), y posteriormente lo denomina como "elemento procesal" (s. 12 de mayo de 1976) (2), si bien el contenido del mismo sigue idéntico.

Si bien con anterioridad a las fechas señaladas las resoluciones del Tribunal Supremo no contenían ninguna referencia al elemento probatorio, no sólo como tal elemento o requisito, sino como cuestión determinante de la agravante de nocturnidad, lo cierto es que se trata de una cuestión probatoria que va implícita en todo proceso penal "el hecho delictivo y, en su caso, las agravantes deben de estar debidamente acreditadas", hoy, con la promulgación de la Constitución Es-

(1) (A. 1563)

"Y 3º) elemento probatorio pues la nocturnidad, como cualquier otra circunstancia agravante no puede presumirse en contra del reo y tiene que estar tan acreditada y probada como el hecho delictivo mismo".

(2) s. 12-Mayo-1976 (A. 2220)

"Y 3º) requisito procesal, pues los demás requisitos han de figurar en la declaración de hechos probados de la sentencia penal, es decir, que han de estar tan acreditados, desde el punto de vista fáctico, como el delito mismo de que se trate".

pañola de 1978, el primordial fundamento de ello lo encontraríamos en la presunción de inocencia consignada en el artículo 24 de la misma, según el cual mientras no se prueba lo contrario a una persona se le presume inocente, no sólo del hecho delictivo, sino de las circunstancias agravantes -como la nocturnidad- no acreditadas; con anterioridad a la vigencia del texto constitucional es de desatacar la referencia que algunas sentencias efectuaban al principio "in dubio pro reo", pero en aquella etapa pre-constitucional también -aún sin exponerse de forma expresa- se requería que los hechos y elementos constitutivos de la agravante quedasen acreditados como se refleja en innumerables resoluciones; en definitiva, la estimación o no de la agravante depende de los hechos probados de la sentencia, así lo indica de forma clara y manifiesta la sentencia de 6 de junio de 1953 "la aplicabilidad de la agravante depende de que en las declaraciones de hechos probados se consignen datos que permitan estimar que el culpable buscó la noche de propósito o se aprovechó de ella...", resolución de suma importancia puesto que nos adelanta el problema que surge: la acreditación del elemento subjetivo de la agravante, pues el objetivo es de mucha mayor facilidad probatoria; si bien en la

última sentencia reseñada la desestimación de la agravante radicaba en no haber quedado acreditado que la noche fue buscada o aprovechada de propósito, en otras lo no acreditado es el elemento objetivo (hoy integrado, según el criterio jurisprudencial, por la oscuridad y la soledad) como sucede en la sentencia de 18 de junio de 1955 en la cual se enjuiciaba la comisión de varios hechos delictivos declarándose en los fundamentos de la sentencia no quedar acreditada la concurrencia de la nocturnidad en todos ellos.

De cualquier forma, la necesidad de quedar acreditada la existencia de los elementos que componen la agravante en cuestión suprime la consideración o presunción alguna, y ello se vislumbra en la jurisprudencia incluso antes de la entrada en vigor de la actual Constitución, así en la sentencia de 26 de marzo de 1951 (3) desestima la agravante de la nocturnidad al

(3) s. 26-Marzo-1951 (A. 870)

"No por descubrir el delito a la mañana siguiente".

no quedar la misma acreditada y destruye la presunción de haberse producido los hechos en la noche, al haber sido descubiertos los mismos a la mañana siguiente.

Por otra parte, encontramos sentencias desestimatorias de la apreciación de la agravante, no por haberse presumido la concurrencia de ésta, sino por no ser válido el medio probatorio empleado, como sucede en el supuesto contemplado en la sentencia de 7 de octubre de 1955 (4), en la que el Tribunal Supremo considera que la nocturnidad no puede estimarse como probada mediante la práctica de una inspección ocular a los 3 años del momento de ejecutarse los hechos delictivos.

En definitiva, este elemento consiste en la acreditación, que debe de existir en los hechos probados de la sentencia, de los

(4) s. 7-Octubre-1955 (A. 2936)

"Acta de Inspección ocular como documento auténtico no ofrece garantía, porque practicada con 3 años de posterioridad al hecho de autos es de todo punto impensable que puedan recoger un fenómeno".

elementos que componen la agravante de tal forma que no se apreciara la agravante sino constan sus elementos en los hechos probados, no cabiendo presumir los mismos. Por ello, la falta de apreciación de la nocturnidad puede venir dada por no estar acreditado el elemento objetivo o por no estar probado el elemento subjetivo de la misma, y aunque uno y otro supuesto se producen, lo cierto es que la prueba del elemento subjetivo (por su propia naturaleza) conlleva mayores discusiones.

A) RELACIÓN CON DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS
DE LA RESPONSABILIDAD

RELACIÓN CON LA ALEVOSÍA.

De las múltiples resoluciones jurisprudenciales que han tratado la concurrencia de las circunstancias de nocturnidad y alevosía se puede extraer la conclusión de la compatibilidad entre ambas. Así, sentencias del siglo pasado como la de 29 de diciembre de 1884 (1) ya matizaba que la nocturnidad es una

(1) s. 29-Diciembre-1884 (ALC. Circ. Ag. 141)

"Es indudable que el asesinato se cometió de noche, pero más que una circunstancia especial es la nocturnidad una particular manera y forma de asegurar su ejecución, constituyendo un accidente en este caso inseparable de la alevosía, la cual ha sido ya estimada como cualificativa del delito de asesinato, por lo que no ha incurrido la Sala en error de derecho al dejar de apreciar la nocturnidad como agravante".

circunstancia compatible con la alevosía, si bien en el caso de actos la nocturnidad constituía un accidente inseparable de la alevosía; igualmente, sentencias de principios del presente siglo consideraban a la nocturnidad como circunstancia "no inherente a la alevosía" (s. 29-8-1918) (2) "compatible con la alevosía" (s. 12-9-1924) (3), o de "vida independiente" en la alevosía (s. 5-8-1927) (4).

(2) s. 29-Agosto-1918 (G. 7-12-1918)

"Bajo los términos de que el reo buscó expresamente la noche para realizar su propósito con mayor seguridad, debe estimarse reconocida esta agravante, sin poderla juzgar inherente a la alevosía, ya que sin aquélla pudo realizarse el delito en la forma brusca, rápida, inesperada y por detrás de la víctima, como fué ejecutado".

(3) s. 12-Septiembre-1924 (G. 16-5-1925)

"Según reiterada doctrina, la nocturnidad es compatible con la alevosía en cuanto se generan de distintos hechos que pueden concurrir en un solo delito".

(4) s. 5-8-1927 (G. 4-9-1929)

"Probado que el procesado buscó la noche de propósito para la realización de su crimen, es evidente que al apreciarla interpretó el Tribunal rectamente la Ley, máxime cuando tiene resuelto que la nocturnidad no es incompatible con la alevosía, pues una y otra tienen vida independiente y en muchos casos en vez de contradecirse vienen a completarse.

Sin embargo, la mencionada compatibilidad e independencia de una y otra circunstancia no son plenas o totales, pues si bien la alevosía se refiere fundamentalmente a "la forma" de comisión delictiva y la nocturnidad se refiere, inicialmente, al tiempo de producción, lo cierto es que la nocturnidad conlleva la búsqueda de una mayor facilidad en la comisión del delito con un menor riesgo, de tal manera que algunas resoluciones consideran la nocturnidad como una forma menor de alevosía o como circunstancia que, de existir, estaría embebida en la alevosía.

Como señala la s. de 22-1-74) (5), en la que se considera que no concurre en el caso de autos la circunstancia de nocturni-

(5) s. 22-Enero-1974 (A. 246)

"Tampoco puede hablarse del nocturno como previsto o aprovechado para favorecer el delinquir, pues si no consta el propósito previo y aparte que la nocturnidad de existir pudiera estar embebida en la alevosía, tampoco puede afirmarse que se buscaran ni las sombras de la noche ni el despoblado como aislante y favorecedores de la indefensión de los ofendidos siendo además objetivamente apreciable -- que estaba oscureciendo y que el resplandor del fuego restaba valor a la oscuridad.

dad, no sólo por faltar el elemento psicológico de haber sido buscada o aprovechada de propósito, sino también porque estaba oscureciendo y existía el resplandor de un fuego, elementos favorecedores de la indefensión de la víctima. En términos parecidos se expresa la sentencia de 25 de enero de 1974 (6) en la cual se considera que el elemento subjetivo de la nocturnidad -ser buscada o aprovechada de propósito- otorgó a los hechos un carácter "cuasi-alevoso" cuando se trata de delitos contra las personas.

De cualquier forma, la compatibilidad entre ambas circunstancias es tratada en la sentencia. de 5 de febrero de 1981 en la que para apreciar la separación de una y otra se enumeran -en

(6) s. 25-Enero-1974 (A. 279)

"Y un elemento subjetivo, reflejo anímico de aquella circunstancia temporal en el culpable que la busca de propósito o, al menos, la aprovecha conscientemente a fin de asegurar la ejecución del hecho. -S. de 18 mayo 1972 (R. 2206), entre muchas- que viene a dar a la comisión un carácter cuasi-alevoso cuando tiene lugar en los delitos contra las personas (s. de 5 de Agosto 1927), de modo que no basta la mera presencia de la noche si no concurre tal elemento espiritual vivificador.

considerandos separados- los requisitos de una y otra, así, si parece la alevosía el elemento objetivo viene integrado por un "modus operandi" del que se deduzca un aseguramiento del resultado criminal junto con la ausencia de riesgo para el agente, el subjetivo se compone de la revelación de un ánimo tendencial a ese aseguramiento y falta de riesgo que refleje cierta vileza o cobardía en el obrar; para la nocturnidad el elemento objetivo estaría integrado por la ausencia de claridad, y la captación de determinada soledad y el psicológico de haber sido buscada de propósito o aprovechada intencionalmente; de tal forma que la alevosía sería reflejo de hechos probados como "propinó inesperada y sorpresivamente para la víctima... inusitada rabia y violencia... persistiendo en su inicial idea de acabar, como fuera, con la vida del niño", mientras que la nocturnidad sería como consecuencia de... "aprovechándose de las ventajas que la oscuridad de la noche le deparaba..."; en definitiva, se trata de circunstancias separadas como se conciben también en la sentencia de 31 de marzo de 1949 en la que el agente esperó a la llegada de la no-

alevosía de una circunstancia cualificativa del asesinato; encontrándose cierta similitud con los hechos probados en la sentencia de 4 de junio de 1969, en la que por una parte el agente se aprovechó de la noche y del lugar solitario y con poca iluminación (circunstancias que integran la nocturnidad), y por otra parte, el agente cogió un palo grueso, se preparó convenientemente golpeando a la víctima de forma que ésta no pudo prevenirse ni defenderse (elementos integrantes de la alevosía).

En definitiva, la nocturnidad puede concurrir con la alevosía siempre que se den los requisitos objetivos y subjetivos que integran la misma, pudiendo suceder que al no coexistir todos ellos con sustantividad propia, no llegue a producirse la nocturnidad, quedando encuadrada en la alevosía que sí que se aprecia, así encontramos supuestos en los que el aprovechamiento o la búsqueda de la noche no llegaron a tener consistencia propia, de forma que tal búsqueda de la oscuridad de la noche constituye únicamente un medio o modo de asegurar el resultado y garantizar la impunidad, así, por ejemplo, en la

sentencia de 5 de febrero de 1971 (7) el hecho de apostarse en la esquina de una calle a hora de la madrugada, todavía de noche, provisto de una escopeta de gran calibre para disparar, y realizarlo a unos 30 metros cuando la víctima se disponía a salir confiada en que ningún peligro corría, es acción calificada de alevosa, no considerándose que tal acción englobe la agravante de la nocturnidad, pues ésta únicamente constituye un medio de aseguramiento del resultado de forma que queda embebida en la alevosía a pesar de considerarse probado que la oscuridad de la noche fue buscada.

(7) s. 5-Febrero-1971 (A. 493)

"Que la alevosía, bien como circunstancia cualificativa o como agravante genérica, requiere como elementos objetivos el empleo de medios, modos o formas adecuadas para causar el mal propuesto, con más la situación de indefensión que la víctima, y los sujetos de asegurar el resultado, el aprovechamiento del estado de inocuidad del sujeto pasivo y la creencia del agresor de actuar sin riesgo propio; y habida cuenta estas exigencias legales de continuo recordadas por la doctrina jurisprudencial, se ha de concluir que fue acertada su apreciación, porque apostarse en la esquina de una calle a hora de la madrugada, todavía de noche, provisto de una escopeta de gran calibre para disparar contra una persona tan pronto la viera aparecer en la puerta de su casa, y realizarlo a unos treinta metros cuando la víctima se disponía".

En parecidos términos se encuentra la sentencia de 22-2-58 en la que resultando probado que el procesado no tuvo para nada

en cuenta la hora en que se encontraba en la que surgieron en su mente los propósitos homicidas que llevó rápidamente a la realidad, pues en la misma se aprecia la alevosía considerándose simultáneamente la nocturnidad embebida en aquélla, toda vez que el elemento subjetivo de la agravante de la nocturnidad carecía de sustantividad propia, ya que no buscó ni se aprovechó de la noche para cometer sus propósitos instintivos.

Sin embargo, estos supuestos en los cuales la alevosía embebe a la nocturnidad, no son otros que aquéllos en los que los requisitos de la nocturnidad carecen de fuerza propia, siendo posible, como en los dos casos anteriormente expuestos, que el elemento subjetivo de la nocturnidad -el aprovechamiento a la búsqueda de la noche- esté directamente encaminado al aseguramiento del resultado y a la disminución del riesgo del agente como un elemento de los que deben concurrir para la apreciación de la agravante de la alevosía.

Finalmente, podemos precisar que si bien la búsqueda de la noche o el aprovechamiento de la misma, como elementos subjetivos de la nocturnidad, van encaminados a la mayor facilidad comisiva o mayor favorecimiento de la impunidad por existir un menor tránsito de gentes en las horas nocturnas, así como una soledad acompañada de sombras que dificultan la identificación del sujeto activo del delito, lo cierto es que dichos elementos subjetivos son independientes y compatibles con los que concurren en la alevosía, en la cual se requiere que el ánimo del sujeto activo o agente tienda no sólo al aseguramiento y a la falta de riesgo, sino también que refleje cierta vileza o cobardía como recoge la s. de 5 de febrero de 1981 (8), de

(8) s. 5-febrero-1981 (A. 486)

"Reclama para su vivienda la concurrencia de los requisitos siguientes 1º. En cuanto a la dinámica de la conducta delictiva, que se aprecia un "modus operandi", del que se deduzca el aseguramiento del resultado criminal, sin riesgo para el ofensor o agente, eliminando la potencialidad defensiva que pudiera realizar el ofendido -requisito objetivo o material-; 2º En cuanto a la psiquis del autor, influyente en la culpabilidad, la revelación de un ánimo tendencial sobre el aseguramiento de la conducta que realiza para el resultado y sobre la indefensión de la víctima, que permite la captación de cierta vileza y cobardía en el obrar -requisito subjetivo o espiritual-; 3º En cuanto a la valoración socio-cultural del hecho, influyente en la antijuridicidad, una mayor repulsa que la que arroja en sí la conducta productiva del resultado, por parte del entorno social en que se lleva a efecto la acción, en atención a las circunstancias que especifican los caracteres de la agravación -requisito normativo o antijurídico".

tal forma que la nocturnidad quedará subsumida en la alevosía si la noche ha sido buscada únicamente para encobardar la acción.

RELACIÓN CON LA CIRCUNSTANCIA DE EMBRIAGUEZ.

La nocturnidad no guarda ningún género de incompatibilidad con la atenuante de embriaguez, según se desprende de diversas resoluciones del Tribunal Supremo en las que sería de destacar como elemento común a casi todos -que tratan la compatibilidad que estudiamos- el hecho de no anular, de forma total o absoluta, la embriaguez las facultades intelectuales del culpable, de tal manera que este puede ejecutar el elemento subjetivo que requiera la nocturnidad, es decir, buscar o aprovechar de propósito la noche, lo que efectuaría a pesar de la embriaguez, la cual constituye una circunstancia atenuante atendiendo a la disminución de facultades psíquicas y volitivas que produce no anulando las mismas; así, por ejemplo, en la sen-

tencia de 29-12-1909 (1) en la que se trataba la comisión de un delito de robo al que la noche había favorecido su comisión se destaca la compatibilidad de ambas circunstancias -nocturnidad y embriaguez- toda vez que la noche no fue buscada de propósito, sino meramente aprovechada.

La compatibilidad de ambas circunstancias viene dada por la situación que se produce en la embriaguez -no plena y total- en la cual el agente puede apereibirse de las circunstancias de la noche de las cuales hasta que se aproveche sin ser necesario que las haya buscado, de tal forma que la privación de facultades en que consiste la atenuante de embriaguez no le impida concebir y ejecutar el hecho delictivo, aprovechándose

(1) s. 29-Diciembre-1909 (G. 25-4-1910)

"No son incompatibles la atenuante de embriaguez y esta agravante de nocturnidad, porque dada la naturaleza del delito de robo, en el cual la noche favorece su ejecución, y no siendo preciso conste fuese aquélla buscada de propósito, sino meramente aprovechada, y no anulando la embriaguez las facultades intelectuales del culpable, es notoria la compatibilidad de la embriaguez con el accidente de ejecutar el hecho al amparo de la noche".

de las ventajas que le proporciona la oscuridad y la soledad de la noche, así, en la sentencia de 18 de enero de 1974 (2) en la que se fallaba sobre un presunto delito de robo con fuerza en las cosas cometido por un individuo en estado de embriaguez, la mencionada resolución señala que no siendo aquella plena y total la privación de razón o sentido es sólo parcial, lo cual no es obstáculo para que concibiese el hecho de romper un cristal de la puerta apoderándose de efectos del interior, hecho que no hubiese podido realizarse con tanta facilidad durante el día.

Ciñéndonos a la atenuante de la embriaguez se observa como, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, esta integrada por la influencia que tiene sobre la imputabilidad del agente que

(2) s. 18-Enero-1974 (A. 231)

"Sin que la embriaguez no plena y total del acusado sea incompatible con el aprovechamiento de las sombras de la noche pues tal privación, meramente parcial, de razón y sentido, no fue obstáculo para que concibiera y, ejecutara a la perfección el depredatorio hecho de destruir la puerta de cristal y apoderarse nada menos que de efectos".

la sufre al producir falta de coordinación en sus facultades anímicas, pero la perturbación que ya produzca en la conciencia y voluntad no llega hasta el extremo de abolirlas o al menos de alterarlas tan profundamente que pueda hablarse de la eximente del 8-1º del Código penal, de tal manera que limitándonos al estudio de la embriaguez como circunstancia atenuante se observa que la perturbación intelectual y volitiva producida no impide al sujeto activo del delito el percatarse de la mayor facilidad comisiva que le proporciona la noche. En la sentencia de 4 de noviembre de 1975 (3) se recoge el supuesto en que a pesar de la embriaguez se lleva a cabo el plan preconcebido de desarrollar diversas sustracciones en el interior de varios vehículos aparcados aprovechandose de las ventajas de la noche.

(3) s. 4-Noviembre-1975 (A. 4089)

"Dentro de la limitación que en la normalidad de su psiquismo produjera la embriaguez, pudieron perfectamente captar las facilidades de comisión que la noche les depa-raba para llevar a cabo sus propósitos, tanto más que como, ya se ha dicho, procedieron con un plan preconcebido en el desarrolló de las sucesivas sustracciones, dentro de cuyo plan contaron con la nocturnidad para realizarlas en cada uno de los automóviles aparcados, precisamente por causa de la noche".

En definitiva, la atenuante de embriaguez es compatible con la apreciación de la circunstancia de la nocturnidad al no tratarse aquélla de una total o absoluta perturbación o disminución de las facultades delictivas o volitivas, lo cual, de producirse de este último modo, se enmarcaría no ya en la circunstancia atenuante de embriaguez, sino en la eximente del artículo 8 nº 1º del Código Penal.

También es de reseñar la compatibilidad que existe entre la agravante de la nocturnidad y la atenuante analógica a la embriaguez, ello porque dicha atenuante analógica está integrada por la misma disminución de la capacidad intelectual que la embriaguez, no tratándose en ningún caso de perturbación total; así, por ejemplo, la sentencia de 16-2-82 (4) recoge el

(4) s. 16-Febrero-1982 (A. 665)

"Porque es evidente que si la sentencia afirma que aprovechando la noche, es que dentro de la excitación y euforia del influjo de las anfetaminas, había capacidad crítica, esto es, conocimiento y voluntad para que el elemento subjetivo de la circunstancia, aprovechamiento de la noche, no pueda quedar eliminada".

supuesto de compatibilidad entre la nocturnidad y la atenuante analógica de embriaguez que se apreciaba como consecuencia del uso de anfetaminas que disminuían la capacidad del agente, sin llegar a anular la misma, de tal forma que en ese estado el agente fue capaz de buscar la noche o aprovecharla para cometer el delito.

CON LA EXIMENTE INCOMPLETA DE ENAJENACIÓN MENTAL

La agravante de nocturnidad guarda compatibilidad con la circunstancia de enajenación mental como eximente incompleta en todos aquellos supuestos en los que la perturbación de las facultades psíquicas y volitivas no sea total o absoluta, de tal forma que permita al sujeto activo el captar el aprovechamiento que le proporciona la noche al coexistir con ella una mayor facilidad comisiva un mayor grado de impunidad. La concurrencia entre ambas circunstancias la recoge la sentencia de 3 de junio de 1987, en la cual se señala de forma expresa que ambas circunstancias son compatibles entre sí "compatible en tanto en cuanto la anomalía del psiquismo permita captar las facilidades comisivas que la noche conlleva, lo que sucederá cuando la esfera intelectual del sujeto quede afectada sólo en parte".

RELACIÓN CON LA AGRAVANTE DE DISFRAZ

Respecto a la compatibilidad de las agravantes de disfraz y nocturnidad, la jurisprudencia viene manteniendo el criterio de considerar éstas como compatibles entre sí. Este criterio tiene importancia toda vez que la naturaleza de la agravante de disfraz -consistente en la finalidad de evitar ser identificado- podría inducir a pensar que era incompatible con la nocturnidad.

En la sentencia de 26 de octubre de 1974 se apreciaron las agravantes de nocturnidad y disfraz como agravantes del mismo hecho cometido, ya que los acusados eligieron las facilidades que la oscuridad de la hora y la soledad les proporcionaba y además el hecho de ocultarse el rostro con el jersey que ves-

tía; igualmente en la sentencia de 11 de noviembre de 1904 (1) se señala la compatibilidad entre ambas.

En definitiva, puede precisarse que la compatibilidad entre ambas circunstancias radica en que los medios utilizados en las mismas son de distinta naturaleza, por lo que la concurrencia entre ellas es posible agravándose el plus de peligrosidad en que consiste una sola de las circunstancias, pues no dudemos que el fundamento del disfraz consiste en evitar ser reconocido e identificado para la víctima, pero no conlleva otras facilidades comisivas como el acercarse a la víctima sin ser visto, o huir reduciéndose la posibilidad de ser capturado, etc., que sí que se producen con la nocturnidad.

(1) s. 11-Octubre-1904 (G. 23-12-1904)

"El disfraz, lo mismo que la noche, son motivos de agravación en los delitos de robo con violencia en las personas, ya sea dicho delito consumado, frustrado o de mera tentativa".

b) RELACIÓN CON DETERMINADOS DELITOS

b - RELACIÓN CON DETERMINADOS DELITOS

La circunstancia agravante de nocturnidad, en principio, es apreciable tanto en los delitos contra las personas como en los cometidos frente a las cosas, ello en base a que -inicialmente- la agravación, que conlleva el haber buscado o aprovechado la noche con la finalidad de una mayor facilidad comisiva y mayor impunidad, puede coincidir con casi todos los tipos delictivos. Sin embargo, como más adelante veremos, en algunos tipos penales la noche no puede tener mayor transcendencia que el tratarse de un mero elemento accidental, de tal forma que su concurrencia no supone en ningún caso una mayor facilidad en la comisión delictiva o de su impunidad, fundamento de una mayor antijuridicidad y culpabilidad que constituyen la de la existencia de la agravante nº 13 del aut. 10 del Código Penal.

Como se señala al inicio de este apartado, la nocturnidad puede concurrir en delitos contra las personas y contra las cosas, así en los primeros debemos de destacar algunas resoluciones que relacionan la agravante con determinados delitos.

Con respecto al delito de asesinato, la jurisprudencia es tajante al mantener que la nocturnidad no es inherente al delito de asesinato (s.19-4-1909 (1) ó 14-9-1871) (2), debiéndose de destacar que la razón de dicha compatibilidad radica principalmente en que aunque la noche tiene un carácter cuasi-alevoso, lo cierto es que el aumento de antijuridicidad y culpabilidad que conlleva se debe a haber buscado la misma como "tiempo" más propicio para una mayor facilidad en la comisión

(1) s. 19-Abril-1909

"Ni esta agravante ni la 20, hoy 16, son inherentes al delito de asesinato ni al de tentativa de robo y, por tanto, habiendo concurrido en tales delitos, no incurrió la Sala en error de derecho al estimarlas".

(2) s. 14-Septiembre-1871

"No debe apreciarse en un asesinato, cuando no aparece que esa circunstancia fuera procurada por el culpable".

de los hechos, lo cual es compatible y diferente del agravamiento de los hechos en función del "modo" de realizarlos buscando una mayor vileza.

Respecto al delito de violación la jurisprudencia también es unánime al considerar que la nocturnidad no es inherente al delito de violación, por ejemplo en st. de 17 de octubre de 1914 (3), pues se trata de un tipo delictivo que no requiere de una comisión nocturna y en el que la concurrencia de la noche pueda constituir un hecho buscado y aprovechado, supuestos en los que se debe apreciar la agravante de nocturnidad. Es frecuente -según se refleja en las propias resoluciones del Tribunal Supremo- que se alega el no ser posible la comisión del tipo delictivo de la violación fuera de las horas nocturnas, sin embargo, el criterio jurisprudencial es tajante al

(3) s. 17-Octubre-1914 (G. 12-2-1915)

"Es apreciable en un caso de violación en que el culpable se aprovechó para realizar el delito de la desamparada y angustiosa situación que a su víctima produce la nocturnidad".

mantener que dicho delito puede ser cometido tanto de noche como de día, tomando la noche una especial agravación en el supuesto de haber sido la misma buscada de propósito o aprovechada (s. 9-7-1904) (4).

Sin embargo, con respecto al delito de estupro, la jurisprudencia viene manteniendo que no es posible la apreciación de la agravante, ya que la misma constituye únicamente un accidente indiferente al tipo delictivo, ya que no indica en el culpable el propósito de buscar la impunidad (s. 20-10-1893) (5) como tampoco de una mayor facilidad comisiva (s.

(4) s. 9-Julio-1904 (G. 9-7-1904)

"Como ni el delito de asesinato ni el de violación requiere como circunstancia inherente la de la noche, es apreciable si el Jurado afirma que los culpables ejecutaron tales delitos de noche y de ella se aprovecharon".

(5) s. 20-October-1893 (G. 12-1-1894)

"Atendida la naturaleza del delito de estupro, no puede estimarse la agravante de nocturnidad, por constituir la noche un accidente indiferente y que no indica en el culpable el propósito de buscar la impunidad".

2-10-1888) (6), la razón de no ser posible la apreciación de la nocturnidad en dicho tipo delictivo estriba en la naturaleza propia del delito de estupro, según la cual la noche -aún buscada de propósito- no puede suponer una mayor facilidad en la comisión de los hechos delictivos o en su impunidad.

Respecto a los delitos contra la propiedad, la jurisprudencia también es unánime en la apreciación de la nocturnidad como mero hecho que no es inherente a dichos tipos delictivos, así lo expresa de forma tajante la sentencia de 5 de abril de 1895 en la cual se alude a no ser indispensable la nocturnidad para la perpetración de delitos contra la propiedad; en principio el aprovechamiento o la utilización de la noche para la comisión de hechos delictivos contra la propiedad integra la agra

(6) s. 2-Octubre-1888

"Es inadecuada generalmente a la naturaleza del delito de estupro, por constituir un accidente indiferente como significación de malicia y no indicador por sí de la aspiración a la impunidad".

vante de la nocturnidad al entenderse que con ella se facilita -con menor riesgo- la ejecución del hecho punible, al tiempo que se contribuye a la posible impunidad de la persona responsable, no dejando de tener transcendencia el hecho de producir -la nocturnidad en los delitos contra la propiedad- una mayor alarma, pues favorece la ocultación del criminal quien puede, con mayor facilidad, evitar, al amparo de la noche, la inmediata persecución o dificultar su identificación con la intención de sustraerse a la acción de la justicia.

Con referencia al delito de robo la jurisprudencia es clara y tajante al precisar que la nocturnidad no es inherente al delito de robo, el cual puede cometerse tanto de día como de noche (s. 26 de mayo de 1988) (7); respecto a este mismo tipo delictivo es de destacar la sentencia de 19 de junio de 1917

(7) s. 26-Mayo-1888 (G. 30-8-1888)

"La circunstancia de nocturnidad no es inherente al delito de robo, que lo mismo puede ser perpetrado de día que de noche, y es aplicable a cuantos lo conciertan para asegurar mejor la consumación de aquél".

en la cual se fundamenta que para la aplicación de la agravante sólo se requiere que el hecho se ejecute de noche, pues si bien algunas veces no se agravaría el delito, sí concurrió tal circunstancia de modo accidental, no prevista ni tenida en cuenta por los culpables, "cuando se da en los delitos de robo es siempre apreciable porque no puede dudarse de que, mediante la disposición de lugar, medio y tiempo con que se preparan, resulta la nocturnidad un factor elegido para la mejor ejecución del acto", consideración que presume existir el "aprovechamiento" de la noche en los referidos tipos delictivos, al igual que en otras resoluciones en las que se mantiene la aplicación de la agravante siempre que concurra la noche, porque no puede dudarse de que mediante la disposición de lugar, medio y tiempo con que se preparan, la nocturnidad es factor elegido para la mejor ejecución del delito, tanto por la mayor alarma que tales atentados producen en la sociedad como por lo que favorece los instintos del culpable en orden a su apetecida impunidad.

Al igual, en el delito de robo con homicidio las resoluciones del Alto Tribunal mantienen que la noche no es elemento inhe-

rente al delito, de tal manera que sin su concurrencia el delito puede ejecutarse "la experiencia ofrece a menudo casos de robo con homicidio a la luz matinal del día, por lo que cuando se perpetran de noche, elegida... hay que apreciar la existencia de esta circunstancia". (s. de 5 de marzo de 1980).

Igualmente es apreciable la nocturnidad en delitos de hurto en el que la noche constituye un elemento integrante del mismo (s. 26-4-1907) (8) como también en el delito de daños (s. 30-1-1891) (9).

Fuera del concepto restringido de delitos contra las personas

(8) s. 26-Abril-1907 (G. 4-5-1907)

"Es inherente al delito de hurto, que puede cometerse de día, y tal motivo de agravación habrá de ser apreciado en todos los casos, según la naturaleza de accidentes del caso".

(9) s. 30-Enero-1891 (G. 10-5-1891)

"Tratándose del de daños, no puede menos de estimarse que el recurrente aprovechó la noche para la más fácil ejecución del delito y para procurar su impunidad".

y contra las cosas es de destacar la apreciación de la circunstancia de la nocturnidad en el delito de desórdenes públicos (s. 11 de abril de 1887) (10) y en el de allanamiento de morada (s. de 18 de mayo de 1894) (11), pues en tales tipos delictivos, si bien puede parecer que la nocturnidad sería un elemento accidental, lo cierto es que su concurrencia supone un plus de antijuridicidad y culpabilidad, como sucede en los restantes tipos delictivos en los que se aprecia.

Por último, significan la existencia de diversas resoluciones en las que no se aprecia la agravante de la nocturnidad con respecto al delito de malversación, si bien en las mismas se

(10) s. 11-Abril-1887 (G. 28-8-87)

"Cometiéndose los hechos constitutivos del delito de desórdenes públicos a hora avanzada de la noche, la circunstancia agravante de nocturnidad brota por sí misma a la simple exposición de tales hechos espontáneamente ejecutados".

(11) s. 18-Mayo-1894 (G. 25-10-1894)

"En el delito de allanamiento de morada produce mayor alarma la entrada en el domicilio ajeno verificada de noche, por lo que aun prescindiendo de que los culpables se aprovecharon o no de tal particular.

señala que la imposible apreciación de la misma radica en la naturaleza del hecho punible y las condiciones de su ejecución, como señala la s. de 23 de octubre de 1891 (12), por ello, hay que concluir considerando que la nocturnidad probablemente será algo accidental a la comisión del delito de malversación, ya que -generalmente- el agente delictivo no podrá aprovecharse de la noche para la comisión del tipo delictivo atendiendo a la naturaleza del mismo.

En definitiva, debe de considerarse que la agravante de nocturnidad puede apreciarse en todos aquellos tipos delictivos en los que la naturaleza de los mismos sea compatible con la búsqueda y el aprovechamiento de la noche, por ello, jurisprudencialmente se observa que en el estupro no cabe su aprecia-

(12) s. 23-Octubre-1891 (G. 1-11-1891)

"No es de estimar, cuando dada la naturaleza del hecho punible y las condiciones en que se efectuó (malversación), ninguna influencia ha ejercido en su consumación la circunstancia de ser de noche, ni de ella se han prevalido ni aprovechado los culpables, debiendo apreciarse en tal caso como puramente accidental".

ción y que generalmente tampoco en la malversación, no encontrándose resoluciones en las que no se aprecie con respecto a otros delitos atendiendo a la naturaleza de los mismos (no a la circunstancia ocasional de no haber existido búsqueda o aprovechamiento en el supuesto de antes).

LA NOCTURNIDAD EN EL DELITO DE ROBO CON HOMICIDIO

El problema que puede suscitarse con relación al delito complejo de robo con homicidio, radica en que el sujeto activo del delito buscase o aprovecharse la noche en vistas al único fin del robo y aconteciendo la muerte incidentalmente (no estaba la misma en el ánimo de los procesados). En estos supuestos la aplicación de la agravante de nocturnidad al delito complejo de robo con homicidio resultaría forzada, ya que la nocturnidad fue algo accidental con respecto a la muerte producida.

En la sentencia de 14 de junio de 1961 (1) en la que se enjuiciaba (en casación) un delito de robo con homicidio "al no estar en el ánimo de los procesados llevar a cabo el robo con la muerte del vigilante... sino que el plan preconcebido era robar atan-

do previamente al guarda... y la noche se buscaron de propósito con vistas al único fin del robo...", la referida sentencia no aprecia la agravante de nocturnidad.

C) COMUNICABILIDAD

Se trata de una cuestión muy escasamente tratada por la jurisprudencia, pues no ofrece lugar a la duda que nos encontremos ante una circunstancia de las recogidas en el segundo párrafo del artículo 60 del Código Penal, es decir, consistente en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para tal ejecución; por ello, se considera la agravante de nocturnidad "transmisibile", pues puede ser objeto de comunicación a aquellas personas que tuviesen conocimiento de la misma.

Como señalé anteriormente, ante la claridad de la cuestión, son escasísimas las sentencias que hacen hincapié sobre el tema, por

ejemplo, la de 5 de noviembre de 1.985 (1). Referente a la transmisibilidad de la nocturnidad respecto al inductor del delito.

(1) s. 5-Noviembre-1985. Colex 1.432.

"La nocturnidad es circunstancia referible también a la ejecución material del hecho y a los medios empleados en el mismo, de cuya utilización el inductor tuvo conocimiento, por lo que ha de estimarse su comunicabilidad a tenor de lo dispuesto en el art. 60. C.P.".

4º. RECAPITULACIÓN

A lo largo de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre la nocturnidad se ha ido confirmando dicha agravante en muchos aspectos, uno de los cuales, de los más importantes a efectos prácticos, se trata de los requisitos que deben de concurrir para su apreciación.

Así, encontramos un gran número de sentencias en las cuales el Alto Tribunal señala los requisitos que han de concurrir como punto de partida para apreciar la agravante de la nocturnidad.

Desde un punto de vista amplio puede precisarse que el criterio del Tribunal Supremo no ha variado en lo sustancial, al mantener

requisitos; por ello, hasta resoluciones de 1966, únicamente se encuentran escasísimas resoluciones en las que se expresen de forma clara los requisitos que deben concurrir; sin embargo, en sentencias de los años 1975 a 1980, es frecuentísimo que los ponentes inicien sus fundamentaciones jurídicas ordenadas en base a los requisitos que señalan en las mismas.

En sentencias lejanas en el tiempo, como la de 27 de junio de 1931 (1), es frecuente que no se efectúe una clasificación genérica de los requisitos, sino sólo parcial, como por ejemplo refiriéndose únicamente al elemento internacional o subjetivo, así la sentencia reservada señala que es necesario que la noche se aproveche o se elija..., apréciase cómo el verbo utilizado es "elegir" y no "buscar" como más adelante se efectúa en las sentencias de forma unánime, así, la sentencia de 6 de Noviembre de 1.933 (2) ya

(1) s. 27-junio-1931 (A. 1625)

"Sólo puede estimarse en términos generales cuando el culpable se aproveche de la noche o la elija de propósito para cometer el delito o para conseguir la impunidad".

(2) s. 6-Noviembre-1933 (A. 2223)

"Buscaron la noche de propósito o se aprovecharon de ella para facilitar su realización o favorecer la impunidad".

sustituye el término "elegir" por "buscar"; ambas sentencias (las escasísimas de aquella época que se refieren a los requisitos de la agravante aunque de forma parcial) junto a la importancia del elemento subjetivo que trata -aún sin llamarle todavía de ese modo- debe de destacarse que al mismo lo colocan en -relación directa con el requisito finalístico de "para favorecer la impunidad" de los hechos delictivos.

Como más adelante ya apunto, desde entonces hasta 1966 no se ha encontrado ninguna resolución que de forma clara y clasificatoria trate y exponga los requisitos exigibles para la estimación de la agravante en estudio, únicamente algunas se refieren a los mismos entrando en el estudio de aspectos parciales de los mismos. La sentencia de 15 de junio de 1966 (3) es la primera que (a juicio

(3) s. 15-junio-1966 (A. 3114)

"Exigen que el delito se ejecute de noche, y que el delincuente busque protección en las sombras y en la oscuridad para su más fácil ejecución, con vistas a procurar la impunidad del -- mismo, y ambos elementos, objetivo y subjetivo".

de quien elabora este trabajo investigador) efectúa una clasificación de los requisitos de la agravante que pueda calificarse de completa y que constituye el punto de partida para que las resoluciones posteriores clasifiquen los requisitos en elementos objetivos y subjetivos; la referida sentencia, sin embargo, al entrar en el estudio de dichos elementos es muy simplicista, de tal forma que equipara el elemento objetivo con la noche, sin más matización, y el subjetivo con la búsqueda de protección; ahondando en el mismo criterio, la sentencia de 5 de diciembre de 1968 vuelve a distinguir dos elementos o requisitos, el objetivo y el subjetivo, si bien efectúa un estudio más intenso de los mismos.

Es a partir de entonces cuando comienzan a proliferar sentencias en las cuales se repite de forma continuada la clasificación de dos requisitos: el subjetivo (consistente en buscar o aprovechar de propósitos la noche) y el objetivo; sin embargo, la perfecta elaboración jurisprudencial de ambos elementos es posterior, se

produce ésta cuando, hacia 1975, los ponentes de sus respectivas sentencias comienzan a efectuar en las mismas estudios sistemáticos de los requisitos de la nocturnidad y si bien éstos se efectúan sobre la premisa de existir un elemento y otro subjetivo (ya perfectamente elaborados), lo cierto es que en esos estudios incorporan algún elemento novedoso; así, la sentencia de 8 de marzo de 1975 (4) (de la que fué ponente el Excmo. Sr. Vivas Marzal) nos habla de tres requisitos o elementos: a) un objetivo integrado por la oscuridad y la soledad (el problema de la posible incidencia de la luz artificial en la oscuridad se tratará en otro apartado de esta labor investigadora), b) uno subjetivo caracterizado por la voluntad tendente a la búsqueda o al aprovechamiento de la noche, y c) uno probatorio, consistente en que la agravante de la nocturnidad no pueda presumirse en contra

(4) s. 8-Marzo-1975 (A. 989)

"La doctrina y la jurisprudencia vienen sosteniendo con unanimidad -véase v.g. SS. de 30 de diciembre 1946 (R. 1947, 90), - 21 noviembre 1956 (R. 4012), 11 mayo 1968 (R. 2576), 27 enero 1970 (R. 718), 29 octubre 1974 (R. 3987) y 24 enero 1975 (R. 199) que los elementos o requisitos de la nocturnidad son los siguientes:".

del reo y ha de estar probada al igual que el hecho delictivo; elemento nuevo que este ponente incorpora como requisito de la agravante en cuestión de todas las sentencias de las que es ponente, su falta de inclusión en resoluciones de otros ponentes no puede llevar a la conclusión de no ser considerado como elemento necesario o requisito esencial, sino que al tratarse de un aspecto procesal muchos ponentes no consideran necesaria su inclusión entre los requisitos "sustantivos" de la nocturnidad. De cualquier forma, nos referimos a este elemento procesal algo más a fondo al tratarlo en un apartado específico.

En definitiva la Jurisprudencia mantiene de forma clara y manifiesta la necesidad del concurso de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo, si bien algunas veces se efectúa la incorporación de algún nuevo elemento como el probatorio antes dicho o de algún otro novedoso, como sucede en la sentencia de 2

de julio de 1975 (5) en la cual se incorpora por vez primera de forma clara el elemento llamado "finalístico", consistente en que realmente se haya producido una ventaja o facilidad, siendo de destacar que en las sentencias en las que es ponente el Excmo. Sr. Vivas Marzal -en las que se continúa con la triple clasificación de los requisitos- el elemento probatorio pasa a llamarlo elemento procesar a partir de resoluciones como la de 12 de mayo de 1976 (6), si bien su contenido no varía con respecto al antes llamado elemento probatorio, en numerosas sentencias de este ponente se incorpora la mencionada clasificación (Sts: 11-5-77, 13-12-79, 16-11-81, 8-6-83, 22-5-84, 22-6-84, o la 23-1-87), la misma también la encontraremos en la sentencia de 15 de abril de 1978

(5) s. 2-Julio-1975 (A. 3053)

"Y 3). Que la noche haya efectivamente supuesto una ventaja ejecutiva, al favorecer el delito y sus consecuencias -requisito material final-".

(6) s. 12-Mayo-1976 (A. 2220)

"Y, finalmente un elemento procesal consistente en que la citada agravación y sus requisitos se encuentren tan acreditados y probados como el hecho punible".

(7), del nombrado ponente, si bien en esta resolución lo destacable radica en el estudio pormenorizado que efectúa tal elemento objetivo diferenciando dentro del mismo dos elementos: uno geográfico, consistente en la oscuridad, y otro sociológico, equiparable a la soledad; si bien en resoluciones posteriores vuelve -dicho ponente- al tradicional concepto que expresaba sobre el elemento objetivo (oscuridad y soledad igualmente).

De cualquier forma, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo parten de la base de existir dos requisitos indispensables para la estimación de la agravante de nocturnidad, de tal forma que en alguna de ellas se vuelve a perfilar el criterio clásico de dos requisitos: objetivo y subjetivo, como en la de 28 de Noviembre de 1979 (ponente: Excmo. Sr. Gil Sáez), o la de

(7) s. 15-Abril-1978 (A. 1292)

"El astronómico o geográfico consistente en la oscuridad o ausencia de luz natural; b) el sociológico, esto es, la soledad, consecutiva a la dedicación, en esas horas, al descanso nocturno por parte del común de las gentes".

28-2-1980 (Ponente: Excmo. Sr. Huerta) y otras muchas que no entran a considerarse algún otro elemento nuevo.

Por último, destacan que en algunas sentencias aún manteniendo el criterio jurisprudencial de dos requisitos: objetivo y subjetivo, cambian los términos y la enumeración, así en la sentencia de 6 de diciembre de 1980 (8) (como en otras muchas son las que también es ponente el Excmo. Sr. Gómez de Liaño) se enumeran tres requisitos: a) la falta de claridad, b) la soledad y c) un elemento psíquico, sin embargo, estos no son más que fiel reflejo de los ya tan repetidos requisitos objetivo y subjetivo de la agravante de nocturnidad.

En conclusión, puede precisarse que los requisitos de la

(8) s. 6-Diciembre-1980 (A. 4789)

"Que concurra en el elemento psíquico del culpable, como condicionamiento subjetivo, el haber sido buscada de propósito o aprovechada".

nocturnidad han comenzado a ser tratados a derecho por la jurisprudencia a partir de las décadas de 1960 y 1970, ya que antes únicamente se trataban en las sentencias aspectos de estos elementos o como mucho un elemento de ellos, pero no se efectuaba una visión global de los elementos que componen la agravante. El criterio jurisprudencial se mantiene unánime en considerar que se requieren dos elementos: objetivo y subjetivo: a pesar de aparecer en las resoluciones algunos otros elementos que no son otra cuestión que aspectos personales (elemento probatorio o procesal) o fiel reflejo de los requisitos objetivo y subjetivo que se mantienen. Los problemas suscitados en cuanto a la composición o integración de alguno de esos elementos (como la incidencia jurídica de la luz natural en el elemento objetivo) se tratará en su apartado correspondiente, al igual que el estudio más pormenorizado del elemento procesal o probatorio.

II - LA NOCTURNIDAD EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO

1º. TEORÍA GENERAL DE LAS AGRAVANTES

1º. TEORÍA GENERAL DE LAS AGRAVANTES

Como señala Díez Ripollés (1) al referirse a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se trata de un tema al que se le ha prestado por la doctrina española poca importancia, echando en falta algún trabajo monográfico al respecto, ya que actualmente dicho estudio se centra únicamente en diversos análisis efectuados en obras de carácter general.

(1) Díez Ripollés. "Derecho Penal". Parte General.

Como indica el Catedrático Rodríguez Ramos (2) la clasificación de las circunstancias agravantes puede responder a criterios muy diversos, acogiendo éste el sistema que diferencia entre agravantes referentes al sujeto activo, referentes al sujeto pasivo, relativas a la ocasión de tiempo o lugar, respecto a los medios empleados, y por último las relacionadas con la motivación; incluyendo la nocturnidad en las referentes a los medios empleados constituyendo una circunstancia que participa de dos o más criterios clasificatorios.

Otros, como Cuello Calón (3), tras definir las circunstancias agravantes como aquéllas mediante las cuales la gravedad en la

(2) Rodríguez - Ramos
"Compendio de Derecho Penal. Parte General". Edit. Trivium.
Madrid 1986. Pág. 274.

(3) Cuello Calón.

Como señala Díez Ripollés (1) al referirse a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se trata de un tema al que se le ha prestado por la doctrina española poca importancia, echando en falta algún trabajo monográfico al respecto, ya que actualmente dicho estudio se centra únicamente en diversos análisis efectuados en obras de carácter general.

(1) Díaz Ripollés. "Derecho Penal". Parte General.

Como indica el Catedrático Rodríguez Ramos (2) la clasificación de las circunstancias agravantes puede responder a criterios muy diversos, acogiendo éste el sistema que diferencia entre agravantes referentes al sujeto activo, referentes al sujeto pasivo, relativas a la ocasión de tiempo o lugar, respecto a los medios empleados, y por último las relacionadas con la motivación; incluyendo la nocturnidad en las referentes a los medios empleados constituyendo una circunstancia que participa de dos o más criterios clasificatorios.

Otros, como Cuello Calón (3), tras definir las circunstancias agravantes como aquéllas mediante las cuales la gravedad en la

(2) Rodríguez - Ramos.
"Compendio de Derecho Penal. Parte General". Edit. Trivium.
Madrid 1986. Pág. 274.

(3) Cuello Calón.

ejecución del delito excede de aquél término medio que la Ley considera como tipo al definir diversas figuras de delito, considera que todas ellas son de carácter puramente personal y subjetivo, ya que no representan sino una mayor perversidad del delincuente a la que corresponda una mayor culpabilidad, como también señala Alimena. Con ello renuncia al típico sistema clasificatorio de las circunstancias agravantes entre objetivas, subjetivas y mixtas, seguido por muchos autores como Antón Oneca.

La mencionada clasificación también es rechazada por Cobo del Rosal (6) quien considera que en ocasiones, por exigencia de la propia estructura del delito, todas las circunstancias pueden ser entendidas como objetivas, como subjetivas y como mixtas, dicho autor tampoco acepta el criterio clasificatorio de las

(6) P. Montes. "Derecho Penal Español". San Lorenzo de El Escorial. 1929. 2ª Edición. Vol. II. Parte General. Pág. 69.

circunstancias agravantes en función a que concurra una mayor antijuridicidad o una mayor culpabilidad.

Por todo ello, Cobo del Rosal manifiesta la innecesariedad de efectuar clasificación alguna de las circunstancias, pues cualquiera de ellas no supondrá más que una visión subjetiva que puede ser justamente criticada por lo que, de cualquier modo, acarrearía mayores inconvenientes que ventajas o entrando en el feudo de la teoría general por las circunstancias agravantes la doctrina concentra y limita su estudio a la cuestión relativa a si su fundamento tiene que ver con lo injusto -o la antijuridicidad- o con la culpabilidad -en cuanto a reprochabilidad-, es decir cual sea su colocación sistemática en la teoría del delito, problemática íntimamente relacionada a lo concerniente a si todas las circunstancias agravantes son de naturaleza objetiva o subjetiva, o bien unas tienen el primer carácter y otras el segundo, y cuales sean.

Como punto de partida, al igual que indica Díez Ripollés, ha de destacarse que la mayoría de los autores establecen una vinculación fija según la cual las circunstancias agravantes de naturaleza subjetiva se refieran a la culpabilidad, y las de naturaleza objetiva a la antijuridicidad; igualmente es importante la diferenciación por algunos señalar entre circunstancias atenuantes y agravantes en función a que las primeras se basan en la parte subjetiva del delito y las agravantes, en cambio, a veces en la parte subjetiva y otros en la objetiva.

Si bien la gran mayoría de la doctrina sigue la clasificación objetivos-subjetivos alguno continúa manteniendo que las agravantes pueden ser objetivas o subjetivas "mayor gravedad en el delito por disposiciones del agente o por los caracteres del hecho" (7) cuando los atenuantes únicamente consisten en estados personales del delincuente.

(7) Silvela. "Derecho Penal Estudiado en Principios". Madrid 1874. Tomo I. Pág. 125.

Esta aparente unanimidad en considerar la dicotomía entre circunstancias agravantes objetivas y subjetivas, como vimos al comienzo de este apartado, ostenta grandes detractores que, como Jiménez de Asúa y Antón (5), no es que rechacen la clasificación por inútil, sino que se inclinan, partiendo de la ya tan repetida clasificación, por la afirmación de la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias agravantes, idea que (como ya se apuntó) recoge Cuello al distinguir entre atenuantes -personales que constituyen situaciones o estados reveladores de una menor culpabilidad- y agravantes, las cuales son todas ellas de carácter subjetivo; esta idea de vincular las agravantes a un carácter subjetivo tiene su razón de ser, en algunos tratadistas del Código de 1444, en la inicial concepción de la teoría del delito que decía que lo objetivo iba a la antijuridicidad y lo subjetivo a la culpabilidad, al igual que en base a la formulación que del principio de culpabilidad realiza el art. 60 del Código Penal.

(5) Jiménez de Asúa. "Derecho Penal. Parte General". Madrid 1929. Pág. 375.

En parecido sentido se muestra el padre Montes (6), comentarista del Código de 1928 que diferenciando entre circunstancias relativas a la imputabilidad y otros a la responsabilidad, coloca a las agravantes en la referencia a la responsabilidad indicando que el fundamento de las mismas está en la mayor culpabilidad que revela el delito con tal circunstancia, ya con el mayor daño material o social, ya con fin, el mayor peligro del delincuente o la necesidad de una defensa más eficaz de intereses y derechos individuales o sociales amenazados, al mismo tiempo que propugna una clasificación de las circunstancias agravantes en función a los distintos elementos del delito, distinta, entonces, a la proporcionada por el Código Penal; dicho tratadista afirma que si bien todas las circunstancias agravantes se ajustan en su funcionamiento al principio de culpabilidad, eso no obsta para que existan circunstancias agravantes de naturaleza objetiva. De

(6) P. Montes. "Derecho Penal Español". San Lorenzo de El Escorial. 1929. 2ª Edición. Vol. II. Parte General. Pág. 69.

cualquier modo, al igual que Silvela (7) manifiesta que la vinculación de las circunstancias a uno u otro de los conceptos dogmáticos ha de efectuarse en función a las características individuales de cada una de ellas.

Mucho más clarificador se muestra Ferrer Sama (8) para quien las circunstancias agravantes como también las atenuantes, son siempre de naturaleza subjetiva, ya que si se catalogasen las agravantes como objetivos habrían de apreciarse aunque ignoraran los copartícipes que concurrían, cosa que se derivaría de su concepción como objetivos pero que va manifiestamente en contra de la letra del art. 60; en definitiva, Ferrer Sama considera que las agravantes se basan en la menor o mayor peligrosidad del delincuente insistiendo en que las circunstancias no se requieren

(7) Silvela. "Derecho Penal Estudiado en Principios". Madrid 1874. Tomo I. Pág. 125.

(8) Ferrer-Sama. "Comentarios al Código Penal". Murcia 1946. Tomo I. Pág. 267.

para la existencia del delito; igualmente critica a los que estiman la existencia de circunstancias objetivas en base al párrafo 2º del artículo 60, la exigencia de conocimiento de la existencia de la circunstancia impide hablar de objetividad; de tal manera que este conocimiento exigido tanto al actor como a los partícipes respecto a las circunstancias pretendidamente llamados objetivos invalida la afirmación de que son objetivas.

En el mismo o parecido sentido de culpabilidad encontramos a Cuello Calón (9) quien considera que las agravantes tienen un carácter puramente personal y subjetivo, pues no representan sino una mayor perversidad del delincuente a lo que corresponde una mayor culpabilidad, en definitiva, afirma la vinculación de todas las circunstancias agravantes a la culpabilidad.

(9) Cuello-Calón. "Derecho Penal. Parte General". 17ª Edic. Tomo I. Vol. II. Edit. Bosch. Barcelona. Pág. 547.

Por otra parte, encontramos una serie de autores los cuales no consideran que las circunstancias agravantes tengan que participar necesariamente del carácter subjetivo hasta ahora estudiado, así Antón Oneca (10) divide las agravantes por un lado entre las de mayor culpabilidad y mayor antijuridicidad, y por otro en objetivas, subjetivas y mixtas, señalando que las agravantes objetivas se refieren a un hecho externo y las subjetivas a la culpabilidad y a la valoración de la persona responsable que a través del juicio de culpabilidad se realiza, así considera que las agravantes objetivas se fundan en una mayor facilidad para cometer el delito y en la gravedad del resultado...; y las agravantes subjetivas en la intensidad de la voluntad criminal, en la condición personal del culpable... de tal manera que éstas últimas incluían una mayor culpabilidad. Como señala Díez

(10) Antón Oneca. "Derecho Penal. Parte General". Madrid 1949. Tomo I. Edit. Akal/Iure. Pág. 333.

Ripollés, en Antón aparecen por vez primera en la doctrina las tres relaciones objeto de este estudio aceptando que unas circunstancias sean de naturaleza objetiva y otra subjetiva y que unas puedan referirse a lo injusto y otras a la culpabilidad; igualmente, vincula las agravantes personales al párrafo 1º del art. 60 y las objetivas al párrafo 2º de dicho artículo.

Igual clasificación comporta Rodríguez Devesa (12) para quien las circunstancias son elementos accidentales que vienen a añadirse a los que son esenciales al delito, y clasifica las mismas en objetivas, subjetivas y mixtas afirmando la existencia de elementos accidentales del delito que por su naturaleza objetiva determinan una mayor antijuridicidad en la conducta, los cuales deberán de ser captados por el dolo del agente para que le puedan ser imputados, en cambio, aquellos elementos de índole subjetiva

(12) Rodríguez Devesa. "Derecho Penal Español. Parte General".
5ª Edic. Madrid 1975. Edit. Pág. 590.

bastará que concurran para que sean considerados como atenuantes o agravantes; igualmente mantiene que únicamente las agravantes puramente subjetivas pertenecen a la culpabilidad. Quintano Ripollés (13) divide los argumentos en objetivas -referidas a la acción-, subjetivas -referidas a la culpabilidad-, y personales o reales de constatación objetiva; igualmente viene considerando que las agravantes objetivas se refieren a la acción y las subjetivas a la culpabilidad. La triple equiparación que venimos tratando también encuentra eco en Rodríguez Mourillo (14) quien vincula subjetividad con una mayor culpabilidad y objetividad con una mayor antijuridicidad; así, en concreto, con respecto a la nocturnidad estima que al exigirse el aprovecharse la circunstancia afecta a la mayor responsabilidad. Entre los autores que aceptan la distinción objetivas-subjetivas encontramos

(13) Quintano Ripollés. "Curso de Derecho Penal". Madrid 1963. Tomo I. Pág. 411.

(14) Rodríguez - Mourillo "Comentarios al Código Penal". Barcelona 1972. Edit. Ariel. Tomo I. Pág. 467.

2º. REQUISITOS

6 - LA DOCTRINA Y LA NOCTURNIDAD

La gran mayoría de los autores al tratar la agravante aquí en estudio comienzan haciendo hincapié en su localización junto a otras dos circunstancias agravantes, para más adelante tratar la "ratio essendi" de la agravante en cuestión y finalmente apuntar la relación de la misma con cuestiones como la participación o la apreciación de la agravante por los tribunales, etc.

Siguiendo la sistemática del presente trabajo investigador, en el cual se ha partido de la clasificación de elementos objetivos y elementos subjetivos, ha de señalarse que son muchos los penalistas que acogen la referida diferenciación, así D.

Federico Puig Peña (1) efectúa la mencionada clasificación, igualmente D. Juan Bustos Ramírez (2) también distingue entre unos y otros elementos; otros muchos parten de la distinción aludida y, aunque sin mencionar expresamente a unos y otros elementos, profundizar en la nocturnidad diferenciando los aspectos objetivos y los subjetivos.

Comenzando por los autores que claramente parten de la ya tan referida distinción, hemos de señalar que el tratamiento otorgado por D. Federico Puig Peña a la citada agravante se identifica plenamente con los criterios jurisprudenciales recogidos en la presente labor de investigación, así, con respecto al elemento objetivo (3) destaca que no basta con la sola con-

(1)

Federico Puig Peña. "Derecho Penal" varias ediciones.

(2)

Juan Bustos Ramírez. "Manual de Derecho Penal Español". Parte General. Edit. ARIEAL Decho. 1984. Página 427 y ss.

(3) Puig Peña. Derecho Penal.

"La noche en su consideración penal debe integrarse por estas dos notas: la oscuridad y la soledad".

currencia de la oscuridad (en la cual no se integran los crepúsculos matutino ni vespertino), sino que también ha de incidir la soledad componiendo ambas la razón de ser de la agravante, que no es otra que la especial indefensión en que se coloca a la víctima; respecto al mismo elemento objetivo Rodríguez-Devesa (4) únicamente destaca la necesidad de la oscuridad, si bien ésta no ha de ser accidental, de tal forma que no suponga un aumento de la gravedad del hecho. Por su parte, Bustos Ramírez (5) identifica noche con oscuridad proveniente de ella y no de otra causa; dicho autor estima que la agravante debe de apreciarse aunque el lugar estuviese iluminado de forma artificial. Distinto parecer ostenta Antón Oneca (6) pa-

- (4) Rodríguez-Devesa. "Derecho Penal. Parte General". Madrid 1987. Pag.

"Lo determinante es la oscuridad de la noche y no la simple cronología".

- (5) Bustos-Ramírez "Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Aniel. Barcelona 1984. Pag. 427.

"Oscuridad proveniente de ella (la noche) y no de otra causa aunque el lugar este iluminado artificialmente".

- (6)

"Jose Antón Oneca. "Derecho Penal". AKAL/IURE 1986". Pag. 410 y ss.

ra el cual "noche" únicamente separa las horas de oscuridad, variables según las estaciones del año, considerando que no puede estimarse la nocturnidad en supuestos en los que incida iluminación artificial, ya que entonces la ejecución del hecho no será más factible que durante el día (señala el ejemplo de un pueblo en fiestas con calles céntricas iluminadas y circulación constante). Por su parte Cobo del Rosal (7) considerando que lo determinante es la oscuridad de la noche y no la simple cronología (criterio que la jurisprudencia destaca), también considera que si el espacio en que sucede está iluminado se excluye la agravación. Con referencia al mismo elemento Cuello Calón (8) señala que el antiguo concepto civil de noche (art. 7) como tiempo que transcurre desde la puesta de sol hasta que éste se pone no tiene valor para los efectos de la presente agravante. Por su parte, penalistas como Quintano

(7)

"M. Cobo del Rosal "Derecho Penal" Universidad de Valencia 1984". Página 760.

(8) Cuello Calen. "Derecho Penal. Parte General". Edit. Bosh. Barcelona 1964. Pag. 567.

"Es de apreciación discrecional por el Tribunal, lo mismo en el Campo que en la ciudad".

Ripollés o Mir Puig (9) destacan que lo determinante es la oscuridad de la noche y que la iluminación excluirá la agravación fundamentando esta exclusión en que en este supuesto la comisión nocturna no puede influir al igual que sucede en algunos delitos (Quintano) y que a pesar de cometerse el hecho de noche ello no aumenta la peligrosidad (Mir Puig, el cual también sitúa el ejemplo de un pueblo en fiestas, con verbena, etc...).

Ya con respecto al elemento subjetivo, aquí se aprecia una mayor diversidad o amplitud de criterios en los autores, así Puig Peña se refiere de forma expresa a la intencionalidad del delincuente en buscar la noche como medio de realizar el delito con mayor facilidad o simplemente el aprovecharse de la misma, distinguiendo entonces entre una nocturnidad "preparada" y una nocturnidad "aprovechada" (10) destacando

(9)

"Santiago Mir Puig. "Lecciones de Derecho Penal" Barcelona 1983. (Apuntes universitarios). Pág. 358.

VID. Puig Peña (1).

(10) "Existe, pues, una nocturnidad preparada y una nocturnidad aprovechada".

que presumían que la nocturnidad fue pensada y escogida (20-4-1951) las cuales hay "quizás no estuviesen muy vigentes".

Por su parte, Bustos Ramírez (11) considera que subjetivamente "basta el conocimiento aunque a veces la jurisprudencia exigió que se busque de propósito", criterio que se contrapone al dominante jurisprudencialmente, según el cual siempre debe de ser buscada o aprovechada de propósito para poder ser estimada.

Tratando el mencionado elemento objetivo Del Rosal destaba que la nocturnidad ha de ser buscada de propósito, se exige que se busque o se vaya de ella para cometer el delito, de tal forma que la jurisprudencia recalca que deben de utilizarse las horas de un modo intencional, ya que si la utilización fuese

(11) Vid. Bustos-Ramírez (5)

"Y subjetivamente.... el conocimiento, aunque a veces la Jurisprudencia exigía que se busque de propósito".

inesperadamente, como podría haberse realizado los hechos en cualquier otro momento, no cabe estimarla. Con semejante criterio se encuentra Cuello Calón (12) el cual incide igualmente en que la nocturnidad debe de haber sido buscada o aprovechada de propósito para una mejor realización de su acción y para eludir más fácilmente la acción de la justicia.

Los autores remarcan, más que la jurisprudencia, que la esencia de la nocturnidad radica en la finalidad de una mayor facilidad comisiva y de logra una mejor ventaja en la huida, así, Bustos Ramírez (13) destaca que en la citada agravante aumenta la certeza de la realización del hecho, aumentando por ello el desvalor del resultado; Antón Oneca (14) destaca que la noc-

(12) Vid Cuello-Calón (8)

"Buscada ex profeso para una mejor realización de su acción y para eludir más fácilmente...".

(13) Vid. Bustos Ramírez (5)

"... Aumentar la certeza de la realización del hecho".

(14) Vid. Antón Oneca (6)

"La oscuridad permite al culpable llegar inadvertido hasta la casa o persona...".

turnidad permite al culpable llegar inadvertido hasta la casa o persona del ofendido, siendo la defensa de los que pudiesen acudir a su socorro más improbable por encontrarse las gentes recogidas y amparan la sombra y la soledad al celinciente en su huida. En parecido criterio se encuentra Cobo del Rosal (15), el cual destaca que el elemento subjetivo tiene la finalidad de conseguir una mayor facilidad, no sólo para la comisión del delito, sino también para su impunidad. Por su parte Mir Puig considera que la razón de ser de la agravante de nocturnidad es que la misma denota una mayor peligrosidad del hecho por la especial facilidad de comisión, elevándose el injusto porque proporciona una ocasión más peligrosa para el bien jurídico al facilitar la ejecución y la huida posterior (16). En casi idéntico sentido Quintano considera que la razón

(15) Vid. Cobo del Rosal (7)

"Con el fin de conseguir mayor facilidad no solo para la comisión del delito sino para su impunidad".

(16) Vid. Mir Puig (9)

"Rechazandose cuando a pesar de cometerse de noche ello no aumenta la peligrosidad".

de ser de la agravante radica en la facilidad para cometer el delito y la dificultad de descubrimiento del autor. En definitiva, la mayor parte de los penalistas coinciden en destacar la mayor facilidad que infunde la nocturnidad, tanto en la comisión del delito como en la huida del delincuente.

Aparte de estos elementos, objetivos y subjetivos, destaca como los autores penalistas (con un ámbito más amplio en sus obras que la jurisprudencia al enjuiciar un delito en concreto) recalcan que la agravante de nocturnidad no puede apreciarse en todo tipo de delitos: Puig Peña razona que no cabe su estimación en delitos en los que esta circunstancia es meramente accidental ("como sucede, por ejemplo, con el estupro"); Rodríguez Devesa destaca que no se podrá apreciar en delitos en los que la comisión nocturna no puede influir en absoluto dada la naturaleza del delito, destacando que "una falsificación o un estupro no varían por el tiempo en que se cometen"; para Cobo del Rosal la causa de dicha exclusión no es otra que el buen sentido, el cual elimina la admisión de la nocturnidad en algunos delitos; Quintano mantiene que la exclusión se refiere a delitos en donde la comisión nocturna no

puede influir por la naturaleza del delito; y otros, como Del Rosal, se remiten a la jurisprudencia al señalar que en algunos delitos es inestimada (estupro).

Otro aspecto que destacan los actores de la doctrina penal es el relativo a la participación reseñando que la agravante de nocturnidad alcanza a cuantos participan en el hecho por igual (17); del mismo modo, en el supuesto en que en el ejecutor material se apreciase debería también de apreciarse en el inductor.

También destaca que los autores de la doctrina estudian la historia legislativa y jurisprudencial de la nocturnidad, siendo de recalcar que desde 1870 la agravante fue de apreciación facultativa hasta la reforma de 1944 que retornó al criterio de 1848; al respecto Antón Oneca se pregunta si el que

(17)

"Sentencia de 23 de agosto de 1917".



en el presente código no se precisa de la apreciación facultativa de los Tribunales ¿significa ello la obligatoriedad de estimarla en toda acción ocurrida de noche? dando por respuesta lógica que no, pues hay que efectuar una interpretación teológica de tal forma que se precisa el aprovechamiento o la búsqueda de la noche.

Ahondando más en el pasado, Puig Peña recuerda que en las partidas se concedió la eximente de legítima defensa al que mata al ladrón nocturno o al que quema o destruye sus campos; por ello, significa que la circunstancia de nocturnidad no sólo agravaba el delito, sino que a veces servía para estimar en el ofendido una causa de justificación en el caso de que éste reaccionara (18).

En orden a la ejecución de los actos delictivos en relación

(18) Vid. Puig Peña (1)

"En el derecho histórico la ejecución de un delito durante la noche a veces servía para estimar una causa de justificación".

con la nocturnidad, Puig Peña señala que la nocturnidad ha de coincidir con la ejecución del delito, no basando que la nocturnidad coincidiese con los actos de preparación del delito (criterio recogido también en la sentencia de 18-3-1890), ni tampoco que la misma concurría con actos de consumación del delito (en la sentencia de 8 de mayo de 1903 se desestima en la sustracción de un arca durante el día aunque el mismo se fracturó concurriendo nocturnidad).

De cualquier forma, son los penalistas que más a fondo tratan la agravante, y si bien, como veremos, la doctrina de ambos es similar al criterio jurisprudencial, lo cierto es que elaboran -sobre determinados criterios jurisprudenciales- una crítica muy fundamentada y de una gran consistencia como profundizaremos más adelante. Para estos autores la discrecionalidad de los tribunales en la aprecia- --

(19)

"J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourillo. "Comentarios al Código Penal". Vol. I. Edit. ARIEL". Barcelona 1976.
Rodríguez Mourullo. Pág. 703 ss.

ción de la agravante de nocturnidad sólo opera en cuanto a la apreciación de las horas en las que se ejecuta el delito, no pudiendo prescindirse del concepto gramatical de noche, concepto que ha de restringirse de su acepción literal en ase a una interpretación teológica de aquél; por otra parte, los mencionados penalistas hacen hincapié en que la oscuridad es la "ratio esendi" de la nocturnidad, si bien matizando que la oscuridad debe de provenir de la noche y no de otra causa, igualmente, sobre la eliminación de la nocturnidad por la iluminación, mantienen tajantemente tal posibilidad; con referencia al fundamento de la agravante manifiestan adherirse al criterio mantenido por Ferrer Sama y Quintano Ripollés (20), según el cual la nocturnidad manifiesta un actuar alevoso, pues, en definitiva, refleja un menor riesgo coincidente con una mayor seguridad en la ejecución, en definitiva, una menor defensa de la víctima según indican (coincidentes con la idea

(20)

"En el mismo sentido Duran/Abella "Código Penal". "El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados S.A.". 1983". Madrid. Pág. 121.

concebida en el Código Penal Italiano) lo que hace que la conducta del autor sea más reprochable afectando a la culpabilidad.

Antes de entrar en el estudio de la crítica expuesta por ambos penalistas respecto a determinados criterios jurisprudenciales, es de destacar el razonamiento que efectúan sobre la participación de encubridores y sobre el iter criminis, así, señalan que tratándose la esencia de la agravante de "ejecutar el hecho de noche" no pde considerar a los encubridores como partícipes afectos por la nocturnidad, ya que éstos intervienen con posterioridad a la ejecución; igualmente, si por esa misma esencia la ejecución delictiva se consuma de día y se agota de noche, no procederá apreciar la agravante, si procediendo tal apreciación si se practican actos de ejecución de día pero el resultado es de noche.

Respecto a las críticas expuestas por ambos autores, hemos de destacar: a) considerar válido el criterio de distinguir un elemento subjetivo y otro objetivo, aunque significan que no bastan estos dos únicamente, pues con ellos bastaría únicamen-

te la concurrencia de los mismos, aunque la noche no hubiese influido en la ejecución criminal, es decir, debe de existir un tercer elemento consistente en que la noche haya repercutido objetivamente sobre la ejecución, elemento que -aun no expuesto de forma diferenciada y autónoma- está recogido en la jurisprudencia de forma tácita; por otra parte critican las resoluciones del Tribunal Supremo en las que se fundamenta la agravación en la alarma social (s. 14-6-93) alegando que esta sería mayor de producirse el hecho delictivo a pleno día; y también centran su oposición a las resoluciones en la que se fundamenta la agravante en una más fácil impunidad del agente ya que en principio no debe de estimarse como causa de agravación el hecho de que el delincuente trate de conseguir su anhelo de la impunidad, por ello no debe de apreciarse la nocturnidad si su elección no obedece al fin de aprovecharse de las ventajas de su elección. En definitiva, estas actuaciones son las que tratan la agravante con mayor profundidad y elaboran unos criterios diferentes a los mantenidos por la jurisprudencia.

Por último, destacar la sintetización de Viada y Vilaseca (21) al tratar la relación de la agravante de la nocturnidad con la de premeditación, señalando que no va embebida en la misma ya que "puede pensarse en su comisión y no en el hecho de ejecutarla".

En definitiva la doctrina establece unos criterios similares a los recogidos en las resoluciones del Tribunal Supremo respecto a la mayoría de los aspectos en que incide la misma, sin embargo en ocasiones elaboran opiniones distintas sobre diversas cuestiones.

(21)

"Viada y Vilaseca. Comentarios al Código Penal 1870.

3º. DERECHO COMPARADO

En cuanto al derecho taliano, el Código Penal Italiano en el art. 61 recoge las circunstancias agravantes comunes, en el mismo (en su número 5º) se recoge el supuesto en que la acción delictiva se hubiese cometido con circunstancias de tiempo, lugar o persona que obstaculizasen la defensa pública o privada; es en esta prescripción legal en donde debemos de situar la agravante en estudio, es decir, considerarla como una circunstancia de tiempo (como muchos penalistas españoles indican al diferenciarla de las otras circunstancias que la acompañan en el nº 13 del art .10 del Código Penal) ya que no se recoge en el código italiano otra mención más expresa de la nocturnidad; la doctrina italiana al profundizar en el estudio de la mencionada circunstancia se ha planteado la naturaleza de la misma, es decir si puede considerarse como objetiva o como subje-

tiva, tendiendo los autores a tomarla como subjetiva ya que para su aplicabilidad presupone no sola la consciencia por parte del sujeto activo sino la voluntad de valer dicha circunstancia; la circunstancia del código italiano se recoge bajo la denominación de "minorata defensa", es decir, haciendo hincapié en que se trata de circunstancias que aminoran la defensa. La doctrina y la jurisprudencia se han referido en concreto a la noche como circunstancia ha incluir en el mencionado número 5 del art. 61 del Código Penal Italiano, señalándose que la noche no realiza por sí tal circunstancia, sino que se requiere que la defensa (pública ó privada) sea impedida ú obstaculizada, no bastando una valoración abstracta de la condición objetiva de facilidad para la consumación del delito, hay que valorar todas las condiciones individuales de disminución de la defensa, así, "en la comisión en hora nocturna hay que valorar si la acción se cometió en un centro cívico, malograda la tiniebla, existiendo un relevante grado de defensa" (Tribunal de Perugia 22-1-1973), "si integra la circunstancia citada la atenuada luz de un compartimiento ferroviario y el estado de somnolencia de la viajera, así como el sonido que invadió el derribo de la misma" (Tribunal de Cassa-

zione 24-1-1972). En definitiva, a pesar de no encontrarse la nocturnidad recogida en una circunstancia "ad hoc" vemos que se ha de englobar la misma -como la doctrina y la jurisprudencia italiana efectúan- en las circunstancias agravantes que aminoran la defensa y en concreto en las circunstancias referidas al tiempo; si bien los autores italianos destacan que comprenda unos requisitos subjetivos lo cierto es que ello no supone el que no se precisen de unos elementos objetivos que el mero hecho de la noche conlleva como circunstancia de tiempo (según prescribe el código italiano); por otra parte el que la ratio essendi de la circunstancia sea para el derecho italiano la disminución de la defensa, no supone distanciamiento de la esencia de la circunstancia en nuestro ordenamiento: facilitar la comisión delictiva y facilitar la huida. Por todo ello, se puede determinar que la nocturnidad en el derecho italiano tiene el tratamiento semejante al que ostenta en nuestro derecho, pues, partiendo de su regulación como circunstancia agravante común, se considera la misma con idénticos caracteres que en el ordenamiento español (no basta de por sí sola la noche, se deben de valorar todas las condiciones

individuales, ha de ser relevante, no accidental, se trata de una circunstancia posible de ser comunicada, etc.).

En lo referente al Derecho Alemán ha de iniciarse la exposición significando que cada delito recoge sus propias circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por ello no es posible encontrar en las normas penales germanas un precepto que regule la nocturnidad o noche como agravante genérica si refiriéndose a la misma en algún tipo delictivo en concreto como en el robo con arma de fuego, o en el hurto nocturno, como también en diversos tipos referentes a la caza o pesca furtiva; sin embargo, en alguno de los delitos indicados, la referencia a la nocturnidad ha desaparecido con posteriores reformas (como la de 1º de abril de 1970), lo cierto es que en la actualidad en delitos graves como el asesinato y el homicidio no se efectúa ninguna mención a la nocturnidad. De cualquier forma, el estudio que la doctrina germana ha efectuado de la ya tan repetida agravante no se diferencia de la nues-

tra, así con respecto al robo con nocturnidad los autores (1) significaban que se trataba de un robo más sencillo en cuanto al peligro, debiendo de considerarse por hecho el tiempo transcurrido desde el final de la puesta del sol hasta el comienzo de su salida, todo ello atendiendo a que según las costumbres habituales existe paz nocturna, si bien la acción de habitualidad no está determinada por lo que habrá que estar al uso local: también precisaba la doctrina que para considerarse la noche debía de exigirse que el comienzo del robo fuese en la noche, aunque si el acto se introdujese de noche para cometer el delito durante el día no debe de aplicarse la agravante. Igualmente con respecto al hurto nocturno, (2) la doctrina señalaba que el fundamento radicaba en la predisposición de la paz nocturna para la comisión; sobre di-

(1) "Leipziger Kommentar. Auflage 1974". Pg. 88.

(2) "Maurach, Deutsches Strafrecht, Bt. Auflage 1969". Pg. 222. y ss.

cho tipo delictivo los autores centraron el estudio de los hurtos cometidos en edificios habitados; por último, es de destacar la regulación de la pesca o la caza furtiva (3) la cual es castigada de forma más grave cuando, entre otras muchas circunstancias, se comete con nocturnidad, equiparando tal circunstancia con otras como la comisión en tiempo de veda, bajo prohibición, con determinadas armas de fuego, etc.

Con referencia al derecho anglosajón, en el mismo -a pesar de las diferencias grandes existentes respecto a los derechos continentales- se observa cómo el concepto de noche no difiere del que nos ofrece nuestra jurisprudencia, así encontramos repetida la idea de tratarse del tiempo transcurrir entre la puesta del sol y la salida del mismo; (4) si bien a veces se trata de determinar con una mayor exactitud "la noche comienza

(3) "Dreher, STGB. 38.A. 1978". Pg. 1199.

(4) "Jowitt's. Dictionary of English Law London 1977".
By Earl Jonitt and Clifford Walsh. 2nd. Ed. Cuden 1977.
Sweet and Maxwell Ltd.

una hora después de la puesta del sol y termina una hora antes de la salida del sol", incluso con precisiones horarias "es de noche entre las 11 p.m. y las 5 a.m." (5); igualmente la noche se apreciaba jurídicamente como aquel período de inactividad durante las horas de oscuridad (6); generalmente se suele efectuar la determinación de la noche en relación con el principal periodo de inactividad de las personas o ciudadanos (7). Efectuando una incursión histórica encontramos que en tiempos de los sajones el tiempo se computaba no por días sino por noches y así continuó hasta el reinado de Enrique I, así, según consta en sus leyes, una serie de 7 noches "septem noctes" es una semana, y una quincena "quotuordecem noctes" son dos semanas. Por otra parte, el Estatuto de 1331 5 Edw, prescribía que las

(5) "The Night Poaching Act. 1828".

(6) "Under the Customs and Excise Act. 1952".

(7) "Ley de Seguridad Nacional 1970".

personas que circulan por la noche, fundamentalmente rateros o disturbadores de la paz, pueden ser arrestados por la policía y custodiados hasta la mañana, la Ley Criminal (Criminal Law) 1967, 513 abolió el delito de ser un vulgar paseante nocturno.

Volviendo a los derechos continentales es importante el destacar la relevancia de la nocturnidad en el derecho francés. En principio, jurisprudencialmente (8), la noche es el intervalo de tiempo comprendido entre la puesta y la salida del sol; si bien las resoluciones de los Tribunales matizan que su duración es variable en función de las estaciones y que el concepto penal de noche no coincide con el civil, según el cual la noche es el intervalo de tiempo comprendido entre las 21 y las 6 horas. La doctrina y la jurisprudencia francesa significan que no se puede precisar a priori si una acción cometida a determinada hora queda afectada a la nocturnidad o no, así se ---

(8) "Tribunal de Casación 18-12-1873. Dalloz 1874".

apreció en un robo realizado a las 20 horas cuando ya se había puesto el sol y no se apreció en un robo cometido a las 21,30 horas en pleno verano. En relación con el fundamento de la nocturnidad la doctrina acoge fundamentos cercanos a los existentes en nuestro derecho "se supone que el individuo es más vulnerable durante la noche que durante el día". En cuanto a la aplicación de la noche como circunstancia agravante, el derecho penal francés no considera la noche como una agravante aplicable a todas las infracciones; así la encontramos recogida como elemento legal de infracciones de no mucha entidad: prohibición de cazar de noche, en relación a la pesca, etc...; sin embargo todo el interés en saber si la infracción ha sido cometida de noche se podría resumir en la aplicación del robo agravado y de la legítima defensa. Respecto al primero -robo agravado-, para que se produzca este tipo penal se requiere no sólo de su comisión nocturna, sino también de la reunión de tres de las cuatro circunstancias siguientes: entrada con daños interiores o exteriores en un local de habitación o en un lugar donde se conservan valores o materiales, violencia, nocturnidad y reunión; por ello, un robo con fractura cometido por un ladrón solitario y sin violencia no será cualificado de

robo agravado, sin embargo, si el mismo fue cometido por una banda de malhechores si lo sería (aún cuando tuviese lugar durante el día).

En cuanto a la segunda cuestión de interés -nocturnidad y legítima defensa-, según el art. 329 del Código Penal, se presume que ha actuado en legítima defensa aquél que durante la noche ha repelido el escalamiento o la fractura de un lugar habitado o de sus dependencias; así, la muerte de aquél que penetró en un domicilio de noche (efectuado por el morador) se presume en legítima defensa; importante destacar que hasta 1959 esta presunción era irrefutable debiendo de aplicarse en aquellos supuestos en los que el individuo que penetró en la morada no tenía intención de cometer infracción alguna, pues la ley no permitía probar la ausencia de mala intención. (Los autores recogen el supuesto en que un matrimonio pudo hacer pasar a la muerta con toda legalidad a los numerosos galanes de su hija que habían penetrado en su domicilio en la noche); en una disposición de 19 de febrero de 1959 la Carta de Casación admitía que la presunción del art. 329 es simple cabiendo la prueba en contrario, de tal manera que la víctima pueda de-

mostrar que las condiciones de la legítima defensa no concurren (agresión real y actual, necesidad de la defensa, proporcionalidad).

Importante destacar que desde las 21 horas a las 6 no se pueden practicar perquisiciones y embargos según la ley procedimental penal con la excepción de cuando la instrucción trata de un asunto de terrorismo. En definitiva podemos concluir considerando que la noche tiene poco valor para en derecho penal francés ya que inícuamente funda algunas infracciones menores, solo agrava el robo si concurren otras dos circunstancias y solo establece una presunción simple de legítima defensa (9).

En cuanto al derecho comparado referente a países Centroameri-

(9) "Sin duda es considerada por los jueces para agravar la pena, ya que éstos últimos no tienen por qué motivar sus decisiones.

canos es de destacar que expresamente como circunstancia agravante no se suele recoger, así en el Código Penal de Colombia, en el art. 66 (regulador de la agravación punitiva) en su número 3º se prescribe el tiempo, lugar, los instrumentos o modos de ejecución del hecho cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes o demuestren una mayor insesibilidad moral del delincuente; en definitiva, la nocturnidad deberíamos de encajarla en "el tiempo" si bien la circunstancia en cuestión lo que hace es prescribir supuestos de alevosía.

En el Código Penal de Panamá en el art. 67 (referido a las circunstancias agravantes) se recoge el abusar de superioridad o emplear medios que debiliten la defensa del ofendido; siendo éste el único precepto en el que podemos encuadrar la nocturnidad aunque como circunstancia aleve.

Por su parte, el Código Penal de Costa Rica no recoge circunstancias agravantes genéricas ó comunes sino que (al igual que el Código Penal Alemán, por ejemplo) regula en cada tipo delictivo las circunstancias que agravan al mismo.

En el Código Penal vigente en Argentina encontramos que en el art. 41 se prescribe que las circunstancias agravantes o atenuantes se valorarán en particular en cada caso, según las reglas del artículo 41-2º, en las que se recogen como circunstancias: la edad, la educación, la conducta procedente, las circunstancias de tiempo, lugar o hecho, etc.; siendo en estos últimos en donde habría de situarse la agravación en virtud de la nocturnidad.

En cuanto al derecho italiano, el Código Penal Italiano en el art. 61 recoge las circunstancias agravantes comunes, en el mismo (en su número 5º) se recoge el supuesto en que la acción delictiva se hubiese cometido con circunstancias de tiempo, lugar o persona que obstaculizasen la defensa pública o privada; es en esta prescripción legal en donde debemos de situar la agravante en estudio, es decir, considerarla como una circunstancia de tiempo (como muchos penalistas españoles indican al diferenciarla de las otras circunstancias que la acompañan en el nº 13 del art .10 del Código Penal) ya que no se recoge en el código italiano otra mención más expresa de la nocturnidad; la doctrina italiana al profundizar en el estudio de la mencionada circunstancia se ha planteado la naturaleza de la misma, es decir si puede considerarse como objetiva o como subje-

tiva, tendiendo los autores a tomarla como subjetiva ya que para su aplicabilidad presupone no sola la consciencia por parte del sujeto activo sino la voluntad de valer dicha circunstancia; la circunstancia del código italiano se recoge bajo la denominación de "minorata defensa", es decir, haciendo hincapié en que se trata de circunstancias que aminoran la defensa. La doctrina y la jurisprudencia se han referido en concreto a la noche como circunstancia ha incluir en el mencionado número 5 del art. 61 del Código Penal Italiano, señalándose que la noche no realiza por sí tal circunstancia, sino que se requiere que la defensa (pública ó privada) sea impedida ú obstaculizada, no bastando una valoración abstracta de la condición objetiva de facilidad para la consumación del delito, hay que valorar todas las condiciones individuales de disminución de la defensa, así, "en la comisión en hora nocturna hay que valorar si la acción se cometió en un centro cívico, malograda la tiniebla, existiendo un relevante grado de defensa" (Tribunal de Perugia 22-1-1973), "si integra la circunstancia citada la atenuada luz de un compartimiento ferroviario y el estado de somnolencia de la viajera, así como el sonido que invadió el derribo de la misma" (Tribunal de Cassa-

zione 24-1-1972). En definitiva, a pesar de no encontrarse la nocturnidad recogida en una circunstancia "ad hoc" vemos que se ha de englobar la misma -como la doctrina y la jurisprudencia italiana efectúan- en las circunstancias agravantes que aminoran la defensa y en concreto en las circunstancias referidas al tiempo; si bien los autores italianos destacan que comprenda unos requisitos subjetivos lo cierto es que ello no supone el que no se precisen de unos elementos objetivos que el mero hecho de la noche conlleva como circunstancia de tiempo (según prescribe el código italiano); por otra parte el que la ratio essendi de la circunstancia sea para el derecho italiano la disminución de la defensa, no supone distanciamiento de la esencia de la circunstancia en nuestro ordenamiento: facilitar la comisión delictiva y facilitar la huida. Por todo ello, se puede determinar que la nocturnidad en el derecho italiano tiene el tratamiento semejante al que ostenta en nuestro derecho, pues, partiendo de su regulación como circunstancia agravante común, se considera la misma con idénticos caracteres que en el ordenamiento español (no basta de por sí sola la noche, se deben de valorar todas las condiciones

individuales, ha de ser relevante, no accidental, se trata de una circunstancia posible de ser comunicada, etc.).

En lo referente al Derecho Alemán ha de iniciarse la exposición significando que cada delito recoge sus propias circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por ello no es posible encontrar en las normas penales germanas un precepto que regule la nocturnidad o noche como agravante genérica si refiriéndose a la misma en algún tipo delictivo en concreto como en el robo con arma de fuego, o en el hurto nocturno, como también en diversos tipos referentes a la caza o pesca furtiva; sin embargo, en alguno de los delitos indicados, la referencia a la nocturnidad ha desaparecido con posteriores reformas (como la de 1º de abril de 1970), lo cierto es que en la actualidad en delitos graves como el asesinato y el homicidio no se efectúa ninguna mención a la nocturnidad. De cualquier forma, el estudio que la doctrina germana ha efectuado de la ya tan repetida agravante no se diferencia de la nues-

tra, así con respecto al robo con nocturnidad los autores (1) significaban que se trataba de un robo más sencillo en cuanto al peligro, debiendo de considerarse por hecho el tiempo transcurrido desde el final de la puesta del sol hasta el comienzo de su salida, todo ello atendiendo a que según las costumbres habituales existe paz nocturna, si bien la acción de habitualidad no está determinada por lo que habrá que estarse al uso local: también precisaba la doctrina que para considerarse la noche debía de exigirse que el comienzo del robo fuese en la noche, aunque si el acto se introdujese de noche para cometer el delito durante el día no debe de aplicarse la agravante. Igualmente con respecto al hurto nocturno, (2) la doctrina señalaba que el fundamento radicaba en la predisposición de la paz nocturna para la comisión; sobre di-

(1) "Leipziger Kommentar. Auflage 1974". Pg. 88.

(2) "Maurach, Deutsches Strafrecht, Bt. Auflage 1969". Pg. 222. y ss.

cho tipo delictivo los autores centraron el estudio de los hurtos cometidos en edificios habitados; por último, es de destacar la regulación de la pesca o la caza furtiva (3) la cual es castigada de forma más grave cuando, entre otras muchas circunstancias, se comete con nocturnidad, equiparando tal circunstancia con otras como la comisión en tiempo de veda, bajo prohibición, con determinadas armas de fuego, etc.

Con referencia al derecho anglosajon, en el mismo -a pesar de las diferencias grandes existentes respecto a los derechos continentales- se observa como el concepto de noche no difiere del que nos ofrece nuestra jurisprudencia, asi encontramos repetida la idea de tratarse del tiempo transcurre entre la puesta del sol y la salida del mismo; (4) si bien a veces se trata de determinar con una mayor exactitud "la noche comienza

(3) "Dreher, STGB. 38.A. 1978". Pg. 1199.

(4) "Jowitt's. Dictionary of English Law London 1977".
By Earl Jonitt and Clifford Walsh. 2nd. Cuden 1977.
Sweet and Maxwell Ltd.

una hora después de la puesta del sol y termina una hora antes de la salida del sol", incluso con precisiones horarias "es de noche entre las 11 p.m. y las 5 a.m." (5); igualmente la noche se aprecia jurídicamente como aquel período de inactividad durante las horas de oscuridad (6); generalmente se suele efectuar la determinación de la noche en relación con el principal periodo de inactividad de las personas o ciudadanos (7). Efectuando una incursión histórica encontramos que en tiempos de los sajones el tiempo se computaba no por días sino por noches y así continuó hasta el reinado de Enrique I, así, según consta en sus leyes, una serie de 7 noches "septem noctes" es una semana, y una quincena "quotuordecem noctes" son dos semanas. Por otra parte, el Estatuto de 1331 5 Edw, prescribía que las

(5) "The Night Poaching Act. 1828".

(6) "Under the Customs and Excise Act. 1952".

(7) "Ley de Seguridad Nacional 1970".

personas que circulan por la noche, fundamentalmente rateros o disturbadores de la paz, pueden ser arrestados por la policía y custodiados hasta la mañana, la Ley Crimal (Criminal Law) 1967, 513 abolió el delito de ser un vulgar paseante nocturno.

Volviendo a los derechos continentales es importante el destacar la relevancia de la nocturnidad en el derecho francés. En principio, jurisprudencialmente (8), la noche es el intervalo de tiempo comprendido entre la puesta y la salida del sol; si bien las resoluciones de los Tribunales matizan que su duración es variable en función de las estaciones y que el concepto penal de noche no coincide con el civil según el cual la noche es el intervalo de tiempo comprendido entre las 21 y las 6 horas. La doctrina y la jurisprudencia francesa significan que no se puede precisar a priori si una acción cometida a determinada hora queda afecta a la nocturnidad o no, así se

(8) "Tribunal de Casación 18-12-1873. Dalloz 1874".

apreció en un robo realizado a las 20 horas cuando ya se había puesto el sol y no se apreció en un robo cometido a las 21,30 horas en pleno verano. En relación con el fundamento de la nocturnidad la doctrina acoge fundamentos cercanos a los existentes en nuestro derecho "se supone que el individuo es más vulnerable durante la noche que durante el día". En cuanto a la aplicación de la noche como circunstancia agravante, el derecho penal francés no considera la noche como una agravante aplicable a todas las infracciones; así la encontramos recogida como elemento legal de infracciones de no mucha entidad: prohibición de cazar de noche, en relación a la pesca, etc...; sin embargo todo el interés en saber si la infracción ha sido cometida de noche se podría resumir en la aplicación del robo agravado y de la legítima defensa. Respecto al primero -robo agravado-, para que se produzca este tipo penal se requiere no sólo de su comisión nocturna, sino también de la reunión de tres de las cuatro circunstancias siguientes: entrada con daños interiores o exteriores en un local de habitación o en un lugar donde se conservan valores o materiales, violencia, nocturnidad y reunión; por ello, un robo con fractura cometido

por un ladrón solitario y sin violencia no será cualificado de robo agravado, sin embargo, si el mismo fue cometido por una banda de malhechores si lo sería (aún cuando tuviese lugar durante el día).

En cuanto a la segunda cuestión de interés -nocturnidad y legítima defensa-, según el art. 329 del Código Penal, se presume que ha actuado en legítima defensa aquél que durante la noche ha repelido el escalamiento o la fractura de un lugar habitado o de sus dependencias; así, la muerte de aquél que penetró en un domicilio de noche (efectuado por el morador) se presume en legítima defensa; importante destacar que hasta 1959 esta presunción era irrefutable debiendo de aplicarse en aquellos supuestos en los que el individuo que penetró en la morada no tenía intención de cometer infracción alguna, pues la ley no permitía probar la ausencia de mala intención. (Los autores recogen el supuesto en que un matrimonio pudo hacer pasar a la muerta con toda legalidad a los numerosos galanes de su hija que habían penetrado en su domicilio en la noche); en una disposición de 19 de febrero de 1959 la Carta de Casación admitía que la presunción del art. 329 es simple cabiendo la prueba en contrario, de tal manera que la víctima pueda de-

mostrar que las condiciones de la legítima defensa no concurren (agresión real y actual, necesidad de la defensa, proporcionalidad).

Importante destacar que desde las 21 horas a las 6 no se pueden practicar perquisiciones y embargos según la ley procedimental penal con la excepción de cuando la instrucción trata de un asunto de terrorismo. En definitiva podemos concluir considerando que la noche tiene poco valor para en derecho penal francés ya que únicamente funda algunas infracciones menores, solo agrava el robo si concurren otras dos circunstancias y solo establece una presunción simple de legítima defensa (9).

En cuanto al derecho comparado referente a países Centroameri-

(9) "Sin duda es considerada por los jueces para agravar la pena, ya que éstos últimos no tienen por qué motivar sus decisiones.

canos es de destacar que expresamente como circunstancia agravante no se suele recoger, así en el Código Penal de Colombia, en el art. 66 (regulador de la agravación punitiva) en su número 3º se prescribe el tiempo, lugar, los instrumentos o modos de ejecución del hecho cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes o demuestren una mayor insesibilidad moral del delincuente; en definitiva, la nocturnidad deberíamos de encajarla en "el tiempo" si bien la circunstancia en cuestión lo que hace es prescribir supuestos de alevosía.

En el Código Penal de Panamá en el art. 67 (referido a las circunstancias agravantes) se recoge el abusar de superioridad o emplear medios que debiliten la defensa del ofendido; siendo éste el único precepto en el que podemos encuadrar la nocturnidad aunque como circunstancia aleve.

Por su parte, el Código Penal de Costa Rica no recoge circunstancias agravantes genéricas ó comunes sino que (al igual que el Código Penal Alemán, por ejemplo) regula en cada tipo de-

litivo las circunstancias que agravan al mismo.

En el Código Penal vigente en Argentina encontramos que en el art. 41 se prescribe que las circunstancias agravantes o atenuantes se valorarán en particular en cada caso, según las reglas del artículo 41-2º, en las que se recogen como circunstancias: la edad, la educación, la conducta precedente, las circunstancias de tiempo, lugar o hecho, etc.; siendo en estos últimos en donde habría de situarse la agravación en virtud de la nocturnidad.

4º. PRONÓSTICO DEL FUTURO DE LA NOCTURNIDAD

En relación al pronóstico del futuro de la nocturnidad, sobre la base del Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 y el Borrador del Anteproyecto de Código Penal de 1990, debe de precisarse que la nocturnidad como circunstancia propia y autónoma deja de regularse para pasar a ser incluida dentro de aquellas circunstancias "de tiempo" que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente; así tales proyectos preveen la regulación, dentro del artículo referente a las circunstancias agravantes, de "Ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente"; en definitiva, la nocturnidad pasa a integrar una circunstancia de tiempo a la que ya muchos penalistas españoles se referían al diferenciar la nocturnidad de las otras circunstancias que la acompañan en el nº 13 del art. 10 del Código Penal.

III - C O N C L U S I O N E S

1ª.- Como primera conclusión debe destacarse que, en contra de la idea primaria de encontrarnos ante una circunstancia agravante de carácter meramente objetivo, según la cual bastaría el hecho de la noche o de la oscuridad par apreciar la misma, - estamos ante una gravante de naturaleza mixta, objetiva y subjetiva, de tal manera que la mera concurrencia del elemento objetivo no puede determinar la apreciación de la circunstancia agravante si no va acompañado aquél del elemento intencional -consistente en la búsqueda o el aprovechamiento - de aquél-, pues en el grado de agravante será apreciada cuando el agente o sujeto activo de la acción tenga la intención (elemento teleológico) de actuar con la mayor facilidad comisiva y el menor riesgo que le reporta la noche; en ausencia de tal elemento subjetivo se suele atribuir a la noche el adjetivo de "accidental" al no acogerse a las mayores ventajas que aquélla le proporcionaba en orden a la comisión delictiva.

2ª.- La determinación de "en que consisten ambos elementos" es sumamente difícil, de tal manera que es imposible determinar a priori -con abstracción de los restantes hechos y voluntades que se conjugan en la acción si un factor concreto integra el elemento objetivo o el subjetivo. Por ello, la apreciación del elemento objetivo o del subjetivo no puede llevarse a efecto si no es con una previa valoración de todos los factores y circunstancias que concurran a la acción.

3ª.- Los hechos cometidos "en la noche" de una fecha determinada, no pueden conllevarnos automáticamente a la creencia de existir entonces el elemento objetivo, pues para ello habría que efectuar una valoración previa de los restantes factores y circunstancias que rodean aquélla: si existía crepúsculo matutino o vespertino, la hora y fecha de las noches en cuestión, si a pesar de ser de noche existía oscuridad o la mis-

ma fué eliminada mediante luz artificial, si existía una situación de soledad o alojamiento exterior en la víctima, etc. etc. Una vez efectuada la valoración antedicha sobre estos elementos, podemos considerar que se ha producido el elemento objetivo en cuestión.

4ª.- En lo que respecta a la imposible determinación "a priori" del elemento objetivo, ello queda reflejado jurisprudencialmente, ya que si bien en una primera época se consideraba que la noche era suficiente para la estimación de la agravante, posteriormente, en la actualidad, no ofrece lugar a dudas que no es suficiente la mera presencia de la noche, si no va acompañada de la oscuridad y de la soledad de la víctima, factores que también habrían de ser valorados previamente.

5ª.- Hoy día se conoce la agravante de nocturnidad jurisprudencialmente en lo que respecta al elemento objetivo, como oscuridad y soledad, es decir "la noche" como elemento primordial ha dado paso a la "oscuridad" dejando bien claro que una y otra no son sinónimos, de tal forma que si bien es de noche pero no existe oscuridad, no podrá apreciarse la agravante.

6ª.- Lógicamente, en horas diurnas, pero bajo la oscuridad que puede proporcionar un lugar cerrado o indiferente a la claridad natural, podría apreciarse la agravante de nocturnidad, toda vez que el requisito jurisprudencial exigido es el de existir oscuridad, es decir, ausencia de luz natural o artificial. Sin embargo, el precepto, art. 10 en su nº 13, regula el "cometer el delito de noche", lo cual, mediante la interpretación res-

trictiva que debe de hacerse de los preceptos penales que como el aquí tratado- agravan la responsabilidad, impide la interpretación extensiva de "noche" a la "oscuridad" que pudiese producirse durante el día, por ello, si no concurre la noche (requisito legal) con la oscuridad (requisito jurisprudencial, no puede apreciarse la agravante. Aún existiendo una oscuridad total (concurriendo igualmente el elemento subjetivo de la agravante) si el hecho se comete durante el día no habrá lugar a la estimación de la ya tan repetidísima circunstancia agravante; a pesar que en dicha situación la facilidad comisiva y la mayor posibilidad de impunidad existen, aunque en menor medida, en cuanto al agente o sujeto activo salga del lugar "oscuro", las condiciones vuelvan a ser las ordinarias, pudiendo entonces ser identificado o aprehendido o estorbado en su huída por las gentes que concurren a la vía pública en las horas diurnas, etc., etc.

7ª.- Que la agravante de nocturnidad tenga un elemento primordial,

la noche, no pudiendo apreciarse de día, ya que entonces no se producirá el plus de antijuridicidad y de culpabilidad que conlleva la comisión nocturna consistente en aprovecharse de la dificultad de identificación, o de aprehensión, o igualmente de la ausencia de estorbos que se producen en la noche debido a la falta de luz que en ella se produce y al nulo o escaso tránsito de personas por las vías públicas o incluso en lugares cerrados, al tratarse de horas principalmente dedicadas al descanso, por ello, la agravante de nocturnidad tiene un elemento primordial, la - noche, no pudiendo apreciarse de día.

8ª.- De acuerdo con la ya aludida imposible determinación previa del elemento objetivo, la jurisprudencia sitúa al lado de la oscuridad el requisito de la soledad de la víctima, de tal manera que a ésta se la ha dotado jurisprudencialmente de un valor muy mayor -transcendental en orden a la estimación de la agravante- respecto a los demás elementos o factores que pueden acompañar a la noche (luz, hora, fecha, etc...)

9ª.- La soledad como requisito objetivo de la nocturnidad no se identifica con la agravante de despoblado en ningún caso -de ser así, esta última circunstancia obtendría autonomía propia- ya que además de no requerir del elemento intencional que se precisa para estimar la agravante de despoblado, en cuanto al objetivo la soledad no precisa el que los hechos sucedan en un lugar apartado de la población, de tal forma que pueda estimarse la concurrencia de la soledad de la víctima aún cuando ésta habite en medio de una población urbana.

10ª.-La jurisprudencia ha resaltado que para la estimación de la agravante de la nocturnidad se precisa que la situación de una mayor facilidad comisiva venga concedida no sólo por el hecho de la oscuridad, sino también por la ausencia de personas en su cercanía, ya que, de existir éstos, disminuirían os tensiblemente las ventajas del sujeto activo, ya que aunque

existiese oscuridad, lo cierto es que la inmediatez de personas cerca de la víctima posibilitaría la identificación y la aprehensión del delincuente, como también la obstaculización de la huida de aquél.

11ª.-Podemos afirmar que lo que se castiga con la agravante de noturnidad es el ejecutar el hecho delictivo con la ventaja de carecer de ayuda el sujeto pasivo del mismo.

12ª.-Con respecto a la incidencia de luz artificial sobre la oscuridad, la jurisprudencia ha evolucionado en el mismo sentido, es decir, estimar la agravante no por la concurrencia del elemento de la noche o de la oscuridad "a priori", sino debiéndose se de entrar previamente en la valoración de la incidencia de la luz artificial, de tal forma que ésta podría determinar la

desestimación de la agravante en contra del criterio inicial del Tribunal Supremo, fijándose únicamente en la concurrencia de la noche y manteniendo que la iluminación artificial no desvirtuaba la nocturnidad.

13ª.-Con respecto al elemento objetivo de la nocturnidad, la jurisprudencia ha evolucionado al compás de la exigencia social, pues los dos cambios de criterio más importantes (sustitución del requisito de la noche por el de la oscuridad, desapareciendo la misma con la incidencia de luz artificial; y al requerirse la soledad de la víctima) han venido como consecuencia de la evolución de los tiempos, ya que hoy día la iluminación artificial, tanto de vías públicas como de domicilios públicos y privados, pueden evitar la facilidad comisiva que la noche dota a la acción, igualmente, tal iluminación produce como consecuencia que en la noche es probable el tránsito y la concurrencia de gentes tanto en lugares públicos como pri-

vados.

14ª.- Junto al requisito de la oscuridad, la jurisprudencia ha colocado el de la soledad de la víctima, al ser frecuente la comisión de hechos delictivos en la oscuridad pero con personas cercanas; así muchas sentencias recogen en sus fundamentos jurídicos que en la noche de las grandes ciudades existe el tránsito de un gran número de personas por las vías públicas, así como lugares con aglomeraciones de gentes.

15ª.- El elemento subjetivo o intencional se refleja en una búsqueda o aprovechamiento de la noche, sin embargo, esta finalidad inmediata o directa no puede impedir el que el fin mediato o indirecto sea el favorecerse de la facilidad comisiva y en orden a la impunidad delictiva que los elementos objetivos

le proporciona al agente, lo cual constituye el fundamento agravante.

16ª.- La diferencia entre búsqueda y aprovechamiento, de nula eficacia práctica, radica en que en la primera existe una voluntad preordenada, mientras que en la segunda la decisión no es preordenada ni repentina; de cualquier forma, en una y otra se produce una decisión voluntaria, plena y libre, de tal manera que si concurren factores o circunstancias que impiden un normal funcionamiento de las facultades intelictivas y volitivas, éstos inciden en el elemento subjetivo de tal forma que pueden producir la desestimación de la agravante en base a la pérdida total de aquellas facultades del querer y del conocer que afectan a la imputabilidad del sujeto activo.

17ª.- Cuando se produzca el concurso de los elementos objetivos propios de la nocturnidad, pero no concurra ni la búsqueda ni el aprovechamiento de aquéllos, podemos señalar -como se efectúa en muchas resoluciones jurisprudenciales- que la noche es un elemento meramente accidental a los hechos, por ello, aún concurriendo, no se aprecia la agravante de la nocturnidad al no existir elemento psicológico alguno que incida sobre la misma.

18ª.- La doctrina incide en que la oscuridad debe de provenir de la noche y no de otra causa.

19ª.- Igualmente los autores destacan tratarse de una circunstancia que no pueda apreciarse en todo tipo de delitos.

20ª.- La nocturnidad alcanza a cuantos participan en el hecho por igual, tanto en el ejecutor material como en el inductor, no así al encubridor quien actúa con posterioridad a la ejecución.

21ª.- No basta para su apreciación que coincida con los actos de preparación del delito.

22ª.- Se trata de una circunstancia de carácter mixto dentro del encuadre general injusto-culpabilidad; dando cada autor mayor o menor importancia a uno u otro.

23ª.- La doctrina considera de forma unánime que la nocturnidad manifiesta un actuar alevoso.

24ª.- En el derecho comparado no se prescribe como circunstancia propia y autónoma sino, generalmente, encuadrada en una genérica circunstancia de tiempo, o bien regulándose específicamente en unos determinados delitos.

25ª.- De cualquier forma el fundamento de la nocturnidad en nuestro Código Penal coincide con el de ordenamientos o resoluciones de otros estados.

26ª.- De acuerdo con lo dispuesto en los proyectos de nuevo Código Penal (1980, 1983, 1990) la nocturnidad dejará de constituir una circunstancia agravante propia, si bien se encuadra en una circunstancia agravante genérica referente a medios, modos y formas de ejecución que aseguren el resultado.

A P É N D I C E S

1º. RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
QUE SE REFIEREN A LA NOCTURNIDAD.

246

30-03-1878 (G.8-5-1878)		11-04-1887 (G.28-8-1887)
22-04-1878 (G.11-8-1878)		09-05-1887 (G.4-9-1887)
06-05-1878 (G.19-8-1878)		05-07-1887 (G.29-9-1887)
01-06-1878 (G.22-8-1878)	01-02-1884 (G.18-4-1884)	06-07-1887 (G.29-9-1887)
	06-02-1884 (G.18-8-1884)	
05-04-1879 (G.16-6-1879)	03-06-1884 (G.19-10-1884)	
	12-08-1884 (G.13-11-1884)	10-11-1887 (G.9-1-1888)
05-03-1880 (G.28-6-1880)	18-11-1884 (G.10-4-1885)	14-11-1887 (G.9-1-1888)
06-11-1880 (G.31-12-1880)	25-11-1884 (G.2-5-1885)	26-11-1887 (G.5-1-1888)
	29-12-1884(ALC.Cir.Ag.141)	26-12-1887 (G.21-4-1888)
15-01-1881 (G.7-4-1881)		
24-01-1881 (G.20-3-1881)	28-01-1885 (G.18-9-1885)	25-01-1888 (G.6-5-1888)
26-01-1881 (G.14-5-1881)	23-05-1885 (G.23-2-1886)	01-05-1888 (G.21-8-1888)
11-04-1881 (G.29-7-1881)	11-12-1885 (ALC.3.Cir.Ag.130)	
19-12-1881 (G.10-4-1882)		26-05-1888 (G.30-8-1888)
	07-06-1886 (G.15-9-1886)	02-10-1888(ALC.3.Agen.144)
23-10-1882 (G.17-11-1882)	29-07-1886 (G.30-9-1887)	16-11-1888 (G.19-3-1889)

20-04-1883 (G.4-9-1883)	17-11-1886 (G.22-2-1887)	09-01-1889 (G.2-5-1889)
19-05-1883 (G.8-9-1883)		02-07-1889 (G.10-9-1889)
02-11-1883 (G.1-2-1884)	08-03-1887 (G.11-8-1887)	
11-07-1889 (G.19-10-1880)	20-10-1890 (G.4-8-1894)	16-03-1897 (G.11-4-1897)
		30-03-1897 (G.24-4-1897)
		27-04-1897 (G.11-5-1897)
05-04-1890 (G.26-9-1890)	31-01-1894 (G.10-10-1894)	08-05-1897 (G.7-6-1897)
22-05-1890 (G.13-10-1890)	18-05-1894 (G.25-10-1894)	02-06-1897 (G.8-9-1887)
27-06-1890 (G.29-10-1890)	06-06-1894(ALC.Cir.Ag.125)	12-08-1897 (G.24-9-1897)
28-06-1890 (G.29-10-1890)	30-07-1894 (G.8-1-1895)	
		12-04-1898 (G.21-5-1898)
28-11-1890 (G.7-12-1890)		26-08-1898 (G.1-11-1898)
09-01-1891 (G.9-8-1901)	08-01-1895 (G.20-5-1895)	09-01-1901 (G.9-8-1901)
30-01-1891 (G.10-5-1891)	05-04-1895 (G.22-8-1895)	13-07-1901(ALC.3.Cir.Ag128)
10-02-1891 (G.27-6-1891)	30-09-1895 (G.25-4-1896)	
21-02-1891 (G.24-8-1891)	23-11-1895 (G.6-3-1896)	06-03-1903 (G.11-5-1903)
25-04-1891 (G.31-8-1891)		08-05-1903 (G.17-7-1903)
	08-01-1896 (G.3-10-1896)	

06-04-1892 (G.15-9-1892)	17-02-1896 (G.25-11-1896)	03-02-1904 (G.22-5-1904)
17-06-1892 (G.14-10-1892)	06-03-1896 (G.10-12-1896)	20-05-1904 (G.23-9-1904)
04-10-1892 (G.11-1-1893)	11-11-1896(ALC.3.Cir.ag.130)	26-05-1904(ALC.3.Ag.130)
16-11-1892 (G.8-2-1893)	23-12-1896 (G.28-1-1897)	09-07-1904 (G.9-7-1904)
		11-10-1904 (G.23-12-1904)
14-06-1893 (G.12-1-1894)	28-01-1897 (G.6-3-1897)	07-12-1904 (G.23-6-1905)
19-01-1905 (G.18-9-1905)	07-03-1910 (G.24-6-1910)	23-08-1917 (G.6-11-1917)
13-06-1905 (G.7-5-1906)		10-10-1917 (G.3-5-1918)
26-06-1905 (G.29-5-1906)	04-02-1911 (ALC.3.Ag.130)	
28-06-1905 (G.12-6-1906)	14-06-1911 (G.29-9-1911)	29-08-1918 (G.7-12-1918)
	28-06-1911 (G.5-10-1911)	
27-01-1906 (G.31-1-1908)		22-01-1919 (G.11-8-1919)
06-03-1906 (G.27-11-1906)	23-03-1912 (G.5-12-1912)	08-07-1919 (G.20-12-1919)
07-07-1906 (G.18-8-1907)	05-07-1912 (G.14-2-1913)	
05-07-1907 (G.7-1-1909)	13-01-1914 (G.29-8-1914)	13-04-1923 (G.2-11-1923)
16-12-1907 (G.25-1-1909)	01-04-1914 (G.12-9-1914)	28-11-1923 (G.23-2-1924)
	26-05-1914 (G.19-9-1914)	10-12-1923 (G.24-2-1924)
27-08-1908 (G.2-9-1909)	17-10-1914 (G.12-2-1915)	

27-1.1-1908 (G.10-9-1909)	20-11-1914 (G.18-2-1915)	11-02-1924 (G.4-10-1924)
11-1.2-1908 (G.13-9-1909)	28-11-1914 (G.19-2-1915)	12-09-1924 (G.16-5-1925)
	19-08-1915 (G.21-4-1916)	01-04-1925 (G.6-10-1925)
19-04-1909 (ALC.3.Ag.143)		
19-05-1909 (G.29-12-1909)	04-05-1917 (G.4-9-1917)	23-03-1926 (G.14-2-1927)
18-08-1909 (G.3-3-.1910)	19-06-1917 (G.7-9-1917)	
29-1.2-1909 (G.25-4-1910)	04-07-1917 (G.3-11-1917)	05-08-1927 (G.4-9-1929)
09-1.1-1927 (G.9-9-1929)	19-01-1944 (A. 61)	16-02-1955 (A. 432)
	23-11-1944 (A.516)	18-06-1955 (A. 2115)
01-08-1928 (G.8-12-1929)		07-10-1955 (A.2936)
31-1.2-1928 (G.11-1-1930)	09-03-1946 (A.376)	
	30-12-1946 (A.90)	07-07-1956 (A.2560)
28-05-1930 (G.21-1-1932)		21-12-1956 (A.4012)
(A.305)		
	04-03-1947 (A.368)	
16-01-1931 (A.1431)	23-09-1947 (A.1067)	12-02-1957 (A.254)
27-06-1931 (A.1625)		12-04-1957 (A.956)
	03-07-1948 (A.1054)	23-05-1957 (A.1324)

07-001-1933 (A.461)		
06-111-1933 (A.2223)	31-03-1949 (A.491)	22-02-1958 (A.390)
		11-11-1958 (A.3362)
14-003-1935 (A.569)	28-04-1950 (A.668)	27-12-1958 (A.4024)
22-003-1935 (A.578)		
27-008-1935 (A.1685)	26-03-1951 (A.830)	
		10-02-1960 (A.286)
03-006-1941 (A.848)	08-03-1953 (A.1484)	17-02-1960 (A.301)
	06-06-1953 (A.2630)	24-03-1960 (A.698)
30-001-1943 (A.68)		22-06-1960 (A.2011)
22-112-1943 (A.1375)	15-01-1955 (A.432)	27-10-1960 (A.3510)
02-001-1961 (A.40)	05-05-1965 (A.2058)	10-10-1969 (A.4969)
14-006-1961 (A.2191)	29-09-1965 (A.4018)	25-10-1969 (A.5180)
30-006-1961 (A.2690)	28-04-1965 (A.2006)	27-10-1969 (A.5188)
19-112-1961 (A.4415)		06-10-1969 (A.5245)
	15-05-1966 (A.2483)	27-11-1969 (A.5527)
31-003-1962 (A.1397)	15-06-1966 (A.3114)	
25-004-1962 (A.2426)	09-11-1966 (A.4849)	24-01-1970 (A.59)

28-06-1962 (A.3079)	26-11-1966 (A.5316)	27-01-1970 (A.718)
30-06-1962 (A.3088)	22-12-1966 (A.5731)	02-03-1970 (A.1082)
		05-03-1970 (A.1184)
07-02-1963 (A.459)	27-02-1967 (A.850)	15-06-1970 (A.2819)
22-06-1963 (A.3035)	13-03-1967 (A.1092)	27-09-1970 (A.3564)
14-12-1963 (A.4990)	21-04-1967 (A.1769)	18-11-1970 (A.4678)
18-12-1963 (A.5069)	04-07-1967 (A.2896)	14-12-1970 (A.5292)
		19-12-1970 (A.5487)
28-04-1964 (A.2298)	27-03-1968 (A.1566)	21-12-1970 (A.5495)
18-05-1964 (A.2590)	22-05-1968 (A.2576)	
22-09-1964 (A.3955)	05-12-1968 (A.5134)	05-02-1971 (A.493)
	20-12-1968 (A.5621)	08-02-1971 (A.510)
11-03-1965 (A.899)		20-02-1971 (A.650)
05-04-1965 (A.1537)	03-05-1969 (A.2622)	20-02-1971 (A.650)
03-05-1965 (A.2026)	11-06-1969 (A.3616)	23-03-1971 (A.1023)
05-05-1971 (A.2157)	08-02-1973 (A.651)	26-10-1974 (A.3981)
10-05-1971 (A.2229)	26-02-1973 (A.859)	29-10-1974 (A.4334)
26-05-1971 (A.2395)	16-03-1973 (A.1339)	27-11-1974 (A.4438)

06-007-1971 (A.3442)	24-03-1973 (A.1408)	21-12-1974 (A.5269)
10-111-1971 (A.4546)	10-04-1973 (A.1707)	26-12-1974 (A.5283)
17-111-1971 (A.5025)	12-04-1973 (A.1737)	30-12-1974 (A.5292)
	14-05-1973 (A.2062)	
29-002-1972 (A.907)	26-04-1973 (A.2290)	24-01-1975 (A.199)
19-004-1972 (A.1742)	22-06-1973 (A.2886)	07-02-1975 (A.546)
18-005-1972 (A.2206)	28-06-1973 (A.2920)	20-02-1975 (A.596)
25-005-1972 (A.2271)	07-11-1973 (A.4207)	21-02-1975 (A.613)
10-006-1972 (A.3068)	10-11-1973 (A.4295)	22-03-1975 (A.1467)
29-009-1972 (A.3764)		24-03-1975 (A.1494)
09-110-1972 (A.4029)	18-01-1974 (A.231)	01-04-1975 (A.1503)
28-110-1972 (A.4484)	22-01-1974 (A.246)	08-05-1975 (A.1563)
12-111-1972 (A.4865)	25-01-1974 (A.279)	09-05-1975 (A.1958)
18-111-1972 (A.5024)	02-03-1974 (A.1181)	04-06-1975 (A.2783)
20-111-1972 (A.5025)	08-03-1974 (A.1230)	04-06-1975 (A.2787)
21-112-1972 (A.5501)	25-03-1974 (A.1454)	10-06-1975 (A.2858)
28-112-1972 (A.5572)	16-04-1974 (A.1843)	23-06-1975 (A.2922)
	27-05-1974 (A.2433)	02-07-1975 (A.3053)

03-002-1973 (A.600)	25-10-1974 (A.3851)	28-10-1975 (A.3053)
04-111-1975 (A.4089)	10-03-1978 (A.915)	18-03-1980 (A.1153)
25-111-1975 (A.4535)	16-03-1978 (A.1014)	27-05-1980 (A.2129)
02-112-1975 (A.4631)	17-03-1978 (A.1018)	12-11-1980 (A.4789)
19-112-1975 (A.4865)	15-04-1978 (A.1292)	
	28-10-1978 (A.3353)	13-01-1981 (A.131)
27-002-1976 (A.859)		23-01-1981 (A.223)
12-005-1976 (A.2220)	27-01-1979 (A.196)	05-02-1981 (A.486)
07-006-1976 (A.2932)	06-02-1979 (A.369)	25-03-1981 (A.1223)
30-006-1976 (A.3277)	07-03-1979 (A.1045)	21-09-1981 (A.3383)
04-111-1976 (A.4614)	21-03-1979 (A.1420)	23-09-1981 (A.3388)
17-112-1976 (A.5364)	31-03-1979 (A.1447)	26-11-1981 (A.4442)
	05-04-1979 (A.1614)	
18-001-1977 (A.34)	30-04-1979 (A.1735)	03-02-1982 (A.621)
25-001-1977 (A.99)	02-05-1979 (A.1754)	16-02-1982 (A.665)
10-002-1977 (A.446)	18-06-1979 (A.2677)	26-02-1982 (A.849)
22-003-1977 (A.1188)	28-11-1979 (A.4510)	18-04-1982 (A.2103)
05-004-1977 (A.1543)	13-12-1979 (A.4601)	11-11-1982 (A.7099)
11-005-1977 (A.2264)		

18-005-1977 (A.2372)	18-02-1980 (A.483)	22-02-1983 (A.1711)
13-006-1977 (A.2736)	20-02-1980 (A.768)	11-03-1983 (A.1800)
02-112-1977 (A.4730)	28-02-1980 (A.775)	05-05-1983 (A.2644)
19-005-1983 (A.2735)	22-06-1984 (A.3602)	23-01-1987 (A.457)
23-005-1983 (A.2764)		03-06-1987 (A.4486)
08-111-1983 (A.5466)	05-11-1985 (Cx.1432)	04-07-1987 (A.5170)
10-111-1983 (A.5471)	20-05-1985 (Cx.715)	
07-112-1983 (A.6321)	10-12-1985 (Cx.1603)	
20-112-1983 (A.6706)		27-01-1988 (A.498)
	20-02-1986 (A.626)	05-05-1988 (A.3485)
12-003-1984 (A.1805)	16-10-1986 (A.1700)	13-06-1988 (A.4706)
06-004-1984 (A.2328)	24-11-1986 (A.7011)	23-07-1988 (A.6668)
22-005-1984 (A.2670)		
	22-06-1990 (A.5619)	
	13-07-1990 (A.6272)	
21-004-1989 (A.3484)		
28-004-1989 (A.3563)	16-07-1990 (A.6714)	
23-005-1989 (A.4245)	23-07-1990 (A.6815)	
28-003-1989 (A.4762)	25-09-1990 (A.7230)	
06-110-1989 (A.7631)	22-09-1990 (A.7357)	

2º. B I B L I O G R A F Í A

- Antón Oneca J. "Derecho Penal". 2 edit. Akal/Iure. 1986

Pág. 396 y ss. 410 y ss.

- Bustos Ramírez. "Manual de Derecho Penal Español Parte General".

1984. Barcelona.

Pag. 418 y ss. y 427 y ss.

- C. Conde Pumpido. "Derecho Penal. Parte General". Colex.

- M. Cobo del Rosal. "Derecho Penal". Univ. Valencia 1984. Valencia

2ª Edit. Valencia 1987. Pág. 626 y ss.

- J. Córdoba Roda y Rodríguez Mourillo. "Comentarios al Código Penal". Vol. I. Edit. Ariel. Barcelona 1976.

Pág. 699 y ss. 703 y ss.

- Durán/Abella. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados. "Código Penal". 4 Edit. 1983. Madrid.

Pág. 99 y ss.

- A. Ferrer Sama. "Comentarios al Código Penal". Tomo I. Murcia 1946.

Pág. 325 y ss. y 405 y ss.

- J.L. González Lossac. "Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal". Edit. Univ. Valencia. 1988 Valencia.

- S. Mir Puig "Lecciones de Derecho Penal". Barcelona 1983. Apuntes Universitarios.

Pág. 355 y ss.

- Puig Peña. "Tratado de Derecho Penal". Tomo I.

- Puig Peña F. "Revista de Derecho Privado". 1969.

- C. Quintero Olivares. "Introducción al Derecho Penal. Parte General". Edit. Barcanova. Barcelona 1981.

Pág. 275 y ss.

- Rodríguez Devesa. "Derecho Penal. Parte General". Edi. 1979.
(Pág. 692). Edi. 1981 (Pág. 700). Edi. 1986 (Pág. 735). Edi.
1987 (Pág. 692)

- L. Rodríguez Ramos. "Compendio de Derecho Penal". Madrid 1984.

Pág. 274 y ss.

- C. Rodríguez Ramos. "Justicia Penal". Akal/Iure. 1990.

- J. del Rosal. "Tratado de Derecho Penal Español. Parte General".

Vol. II. Edit. Darro. Madrid 1972.

Pág. 518 y ss.

- Viada y Vilaseca. "Comentario al Código Penal de 1870". Tomo I.

Madrid 1890.

Pág. 247 y ss. y Pág. 302 y ss.